

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**VALIDADE DAS MENSAGENS DE CORREIO ELETRÔNICO COMO
MEIO DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO**

MARCELO SEQUIM MACHADO

**Rio de Janeiro
2008**

MARCELO SEQUIM MACHADO

VALIDADE DAS MENSAGENS DE CORREIO ELETRÔNICO COMO MEIO DE
PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Doutora Daniela Ribeiro Mendes.

RIO DE JANEIRO

2008

Machado, Marcelo Sequim..

Validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho/Marcelo Sequim Machado – 2008.

52 f.

Orientador: Daniela Ribeiro Mendes.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito, 2008

Bibliografia: f. 62-64.

1. Prova (processo trabalhista) - Monografias 2. Correio eletrônico - fiscalização. 3. Direito à intimidade. 4. Jurisprudência trabalhista. I. Mendes, Daniela Ribeiro. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 344.010262

CDU 331:004.773.3(81)

MARCELO SEQUIM MACHADO

VALIDADE DAS MENSAGENS DE CORREIO ELETRÔNICO COMO MEIO DE
PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence – Orientador(a)

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao meu Criador, pois tudo o que até aqui foi feito foi para Honra e Glória do seu Nome.

Gostaria de agradecer aos meus pais, pela dádiva maior que é a vida.

Agradeço a meus irmãos, companheiros maiores e constantes de nossa existência.

Faço um agradecimento especial e terno à minha amada Miriam, ontem namorada, hoje noiva e amanhã esposa, com a graça de Deus. Amor, obrigado!

Agradeço também aos colegas de faculdade, em especial àqueles a quem hoje considero meus amigos, por todo o incentivo e apoio dados durante esses 5 anos de FND. Agradeço também aos colegas de faculdade com os quais tive desavenças, porque essas nos obrigam a ter a coragem de assumirmos posições, de defender nossas idéias, e termos a humildade de rever conceitos quando esses se mostram equivocados.

Gostaria de agradecer aos meus colegas de trabalho pela paciência e pela força dada nos momentos mais difíceis da execução desse trabalho, em especial à colega Martha Xavier, cuja ajuda de tradução, para o inglês, do resumo foi fundamental. A todos esses companheiros, meu muito obrigado.

Por último, mas não menos importante, gostaria de agradecer a todos os professores da FND pelos conhecimentos que me foram transmitidos, com um agradecimento maior às professoras doutoras Sayonara Grillo e Daniela Mendes, essa última minha mui estimada orientadora, pela atenção e auxílio indispensáveis sem os quais esse trabalho não seria possível.

DEDICATÓRIA

À Miriam, por tudo.

EPÍGRAFE

Até aqui nos ajudou o Senhor.
Bíblia Sagrada, Livro de Samuel.

RESUMO

MACHADO, Marcelo Sequim. *Validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho*. 2008, 53 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se a validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho. Para melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo faz-se uma análise da questão da garantia constitucional ao direito à privacidade/intimidade. Está estabelecida, de forma concisa, a evolução histórica de tal direito, e analisa-se como tal direito está estruturado na Constituição Federal de 1988. Demonstra-se que o direito à privacidade/intimidade é espécie do gênero direitos fundamentais e que a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todos os direitos fundamentais. No capítulo Dois discute-se a validade das mensagens de correio eletrônico em si. Analisam-se os conceitos de fontes e meios de prova (lícitos e ilícitos) e de prova típica e atípica. Estabele-se a discussão sobre a classificação que pode ser dada aos *e-mails* como meio de prova, se prova típica ou atípica. Estuda-se as peculiaridades das mensagens eletrônicas como meio de prova, seus pressupostos de validade, a limitação de seu uso como meio de prova, a maneira que a jurisprudência vem construindo o sistema de admissibilidade dessas mensagens e a crítica a esse sistema. No último capítulo discute-se de que maneira é efetivada a proteção da privacidade/intimidade dos empregados quanto ao uso das mensagens de correio eletrônico corporativo.

Palavras-Chave: Correio eletrônico; Meio de Prova; Processo do Trabalho; Privacidade.

ABSTRACT

It's analysed the validity of the e-mail messages as a way of proof in labour law. For a better comprehension of the subject, on chapter one it's analysed the question of the constitutional guarantee to the right on privacy/intimacy. It's established, in a few words, an historical evolution of such right and also how it is structured in 1988 Brazilian Constitution. It's demonstrated that the right on privacy/intimacy is a species from the gender "fundamental rights" and that the human being's dignity is the foundation of all the fundamental rights. On chapter two, it's discussed the email messages' validity itself. The concepts of sources and ways of proof (legal or illegal) and typical or atypical proof are also analysed. It's established the discussion about the classification that can be given to the emails as a way of proof, if typical or atypical. The peculiarities of the email messages as a way of proof, their conditions of validity, the limitation of their use as a way of proof, how the jurisprudence has been constructing the system of admissibility of these kind of messages and the critical opinion about this system, will be studied. On the last chapter, it's discussed how the protection of privacy/intimacy of the employees takes effect as for the use of corporate email messages.

Key words: email; way of proof; labour law; privacy

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 CAPÍTULO UM – A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO À PRIVACIDADE	
2.1. Brevíssimo contexto histórico.....	12
2.2 A visão de Ingo Wolfgang Sarlet sobre direitos fundamentais na Constituição brasileira.....	14
3 CAPÍTULO DOIS - DA PROVA	
3.1 Introdução.....	19
3.2 Discussão sobre a validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova.....	24
3.3 Pressupostos de validade.....	28
3.4 limitações ao uso das mensagens eletrônicas como meio de prova.....	33
4 CAPÍTULO TRÊS - A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO DE ADMISSIBILIDADE DAS MENSAGENS DE CORREIO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.	
4.1 A construção do sistema jurídico a partir da jurisprudência trabalhista.....	38
4.2 Crítica ao sistema jurídico jurisprudencial de admissibilidade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova.....	47
4.3 A efetivação da proteção ao direito à privacidade no contexto da fiscalização das mensagens de correio eletrônico corporativo: As estratégias de atuação do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos e o controle de constitucionalidade exercido pelo STF.....	48
4.3.2 A atuação dos sindicatos.....	51
5 CONCLUSÃO.....	57
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62
7 GLOSSÁRIO.....	65
8 ANEXOS DE JURISPRUDÊNCIA.....	69

1) Introdução

Vivemos a era do conhecimento, e a ponta-de-lança dessa era é a informática. Praticamente todos os setores da atividade humana foram invadidos pelos computadores.

Em 1969, com a entrada em operação da rede ARPANET nos EUA, houve pela primeira vez a conexão entre dois computadores geograficamente separados, visando a troca de informações entre eles. Era o início de algo que mais tarde tornar-se-ia conhecida em todo o mundo como Internet.

No Brasil, a utilização da Internet passou a se intensificar a partir da metade da década de 1990, sobretudo após a privatização do sistema estatal de telecomunicações, o que possibilitou acesso rápido a linhas telefônicas mais baratas.

Empresas e instituições incorporaram rapidamente a internet em suas atividades, utilizando-a como poderoso instrumento de concretização de seus objetivos. Essa tendência solidificou-se com o passar do tempo. Por exemplo, dados da Confederação Nacional do Comércio (CNC), mostram que entre 2000 e 2003 o comércio eletrônico entre empresas, utilizando a internet, saltou de R\$ 300 milhões em 2000 para R\$ 7 bilhões em 2003. Já o comércio eletrônico entre empresas e consumidores saltou de R\$ 300 milhões em 2000, para R\$ 1,7 bilhão em 2003.

A utilização da internet no ambiente das corporações aparece como sendo uma tendência irreversível.

Hoje em dia, as organizações, sejam privadas, sejam públicas, descobriram na internet (rede mundial de computadores) e nas intranets (redes internas de computadores de uma empresa ou instituição, com número limitado e restrito de usuários) poderosas ferramentas de auxílio para o cumprimento de sua missão institucional. O mundo do trabalho não poderia ficar de fora.

No ambiente de trabalho, modernamente marcado pela intensa competição entre as empresas, a utilização dos meios eletrônicos de comunicação virou questão de sobrevivência, tanto do empregado quanto do empregador. Trocas de mensagens eletrônicas, cuja principal característica é a imensa velocidade com que são enviadas e recebidas, vêm substituindo os meios mais tradicionais de comunicação, sobretudo as mensagens escritas em papel, no que diz respeito ao funcionamento das empresas e instituições de modo geral.

Nesse contexto absolutamente novo que se apresenta, iremos desenvolver nossa pesquisa, que tem por escopo discutir a validade das mensagens eletrônicas, mais exatamente, os *e-mails*, como meio de prova no processo do trabalho. Acreditamos que é pertinente e válida tal pesquisa, pois, como veremos ao longo desta pequena obra, o objeto de nossa pesquisa ainda está sendo pacificado pela doutrina e pela jurisprudência, e como já explicitado por nós, trata-se de tema atualíssimo, motivo de debate em nossos tribunais, e de estudo de nossos doutos doutrinadores. Sendo novo, há um vasto campo de pesquisa e reflexão, o que atraiu nossa curiosidade sobre o tema.

No que tange a esta monografia, no primeiro capítulo faremos um estudo panorâmico sobre a questão da garantia constitucional ao direito à privacidade. Veremos, de modo muito breve, a evolução histórica de tal direito, desde seu nascimento até sua situação atual. Após, analisaremos a posição da moderna doutrina constitucionalista pátria a respeito dos direitos fundamentais na Constituição brasileiros, direitos esses do qual o direito à privacidade é espécie. Iremos nos deter no estudo das principais idéias do professor **Ingo Wolfgang Sarlet** que trata do assunto, pois acreditamos que o supracitado professor é um dos principais expoentes da moderna doutrina constitucional brasileira. Além disso, não é objetivo deste trabalho aprofundar-se no estudo doutrinário acerca da questão dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

O segundo capítulo trata especificamente do tema proposto nesta obra. É ali que discutiremos sobre a utilização das mensagens e arquivos eletrônicos como meio de prova no processo do trabalho. Discutiremos nesse capítulo os pressupostos de validade para a utilização das mensagens e arquivos eletrônicos como meio de prova, a limitação ao uso de tais mensagens e arquivos como meio de prova, e analisaremos como a jurisprudência trabalhista vem construindo o sistema jurídico que disciplina o uso desse novíssimo meio de prova, haja vista que falta regulamentação específica que o discipline, em que pese a existência de projeto de lei na Câmara dos Deputados que visa regular a matéria, mas que até o fechamento desta obra não havia sido convertida em lei.

Por último, no terceiro capítulo, veremos de que maneira é efetivada a garantia de proteção ao direito à privacidade dos empregados quanto ao abuso do poder fiscalizador dos empregadores no que tange ao uso do correio eletrônico corporativo, quando tal abuso de poder fere o direito à privacidade dos empregados. Estudaremos como os sindicatos e o Ministério Público do Trabalho podem e devem atuar para reprimir possível violação ao direito à privacidade dos empregados quando este é violado pela extrapolação da ação

fiscalizadora do empregador, atuando este com vistas a controlar o uso do *e-mail* corporativo, reprimindo seu uso indevido por parte dos empregados.

2) CAPÍTULO UM – A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO À PRIVACIDADE

2.1. Brevíssimo contexto histórico .

O nascimento do direito à privacidade, sendo este espécie do gênero direitos fundamentais, nasce, como todos os demais direitos fundamentais, no bojo do desenvolvimento histórico dos direitos da personalidade. **Canotilho** diferencia direitos fundamentais de direitos da personalidade afirmando que:

muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia (...) em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.¹

Com o passar do tempo, houve a constitucionalização de tais direitos da personalidade, sobretudo por influência da constituição americana de 1776, e da constituição francesa de 1792. Com tal constitucionalização, surgiram os chamados direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo **Canotilho** tal constitucionalização é:

a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (...). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”².

Para o grande constitucionalista português, a constitucionalização dos direitos da personalidade é necessária para:

assinar-lhes a dimensão de *fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias (sic), impulsos, ou,

¹ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.362

² Obra citada, p. 348

até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (...)³.

No Brasil, os direitos da personalidade tiveram positivação com a promulgação da Constituição Federal de 1991, que lhes concedeu *status* constitucional. Apesar de representar um avanço, a constitucionalização dos direitos da personalidade na Constituição de 1991 teve pouco eficácia pois como destaca **Bruno Lewicki**, a Carta de 1991 estava descolada da realidade do País, inspirada que estava em “valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade”⁴.

Apenas nas constituições de 1934, 1946 e sobretudo a de 1988, que ao contrário das constituições de 1937 e 1967, foram elaboradas com o regular processo constituinte, disciplinaram de forma mais efetiva a constitucionalização dos direitos da personalidade.

Como destaca **Bruno Lewicki**:

(...) é a Constituição de 1988, todavia e sobretudo, que demonstrará comprometimento como os valores da personalidade, ao fixar uma cláusula geral de tutela da pessoa humana e disciplinar alguns direitos da personalidade (...).O principal preceito constitucional, neste sentido, está contido no art.5º, X, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente dessa violação”⁵.

Isto posto, podemos concluir que o nascimento dos direitos da personalidade e sua posterior constitucionalização tiveram como objetivo básico a valorização do ser humano por seu valor intrínseco, inerente à própria condição humana, e portanto, passível de proteção.

Para **Ingo Wolfgang Sarlet** a idéia do valor intrínseco da pessoa humana tem raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão.

Na religião cristã, tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

No pensamento filosófico e político a Antigüidade Clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana passava pela posição social ocupada pelo indivíduo e do grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade.

Já o pensamento estóico defendia que a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, e que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade e da liberdade para guiar seus atos e seu destino.

³ *Idem*, p. 347

⁴ A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 59

⁵ Obra citada, p.62.

No período medieval o pensamento de inspiração cristã e estoica prosseguiu sendo sustentado destacando-se a figura de São Tomás de Aquino.

No século XVI, o espanhol Francisco de Vitória defendeu, no limiar da expansão colonial espanhola e conseqüente aniquilação, exploração e escravização dos índios, com base no pensamento cristão e estoico, que estes, em função do direito natural e de sua natureza humana eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito.

Durante os séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, porém mantendo a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Há que se destacar durante esse período o pensamento de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta autonomia como fundamento da dignidade do homem e sustentando ainda que o ser humano não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto.

Já no século XX, a dignidade da pessoa humana continua a ocupar lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, à conta de sua qualificação como valor fundamental da ordem jurídica para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para aquelas que pretendem constituir um estado democrático de direito⁶.

2.2.A visão de Ingo Wolfgang Sarlet sobre direitos fundamentais na Constituição brasileira⁷.

A moderna doutrina constitucional pátria destaca com grande veemência a indissolúvel relação dos direitos fundamentais (dentre eles o direito à privacidade) previstos na Constituição Federal com o princípio da dignidade humana que é, segundo os ensinamentos desses doutrinadores, a viga-mestra de tais direitos fundamentais. Não é nosso objetivo, na presente monografia, detalhar as posições da doutrina a respeito desse assunto, até mesmo porque não é esse o tema desta obra. Assim sendo, escolhemos um doutrinador que nos pareceu paradigmático a respeito de tão interessante assunto, com o intuito de lançar breves luzes sobre a discussão que ora analisamos, fornecendo noções básicas sobre o tema ao

⁶ Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29 a 38.

⁷ Fichamento das idéias principais do livro “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

leitor. Estamos assim justificando a escolha da obra de **Ingo Wolfgang Sarlet** que trata, sob nossa óptica, desse assunto com grande desenvoltura e profundidade.

O autor inicia destacando a íntima e indissolúvel vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo esta vinculação um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

Afirma que a previsão no texto constitucional acaba por ser imprescindível, embora por si só não assegure o devido respeito e proteção à dignidade.

A vinculação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só poderia ser contestada, segundo o autor, se o ser humano pudesse ou viesse a renunciar à sua condição, porém justamente pelo fato de que a dignidade vir sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e que a destruição de um implicaria a destruição do outro é que tal vinculação não pode ser contestada.

Ainda que seja difícil uma conceituação clara do que efetivamente seja a dignidade da pessoa, inclusive para efeito de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que esta é espezinhada e agredida.

Verifica-se que a doutrina e a jurisprudência, no que diz respeito à construção de uma noção jurídica de dignidade, cuidaram de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e da concretização do seu conteúdo. A *praxis* constitucional, por meio dos órgãos estatais está sempre concretizando e delimitando a noção de dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, devendo estes entes, no relacionamento com o indivíduo, tem sempre em foco a dignidade de suas ações e como tarefa última e principal de sua atuação.

A nossa constituição vigente foi a primeira do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.

O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso estado democrático de direito (artigo 1º, inciso III, da constituição

de 1988).A dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos de nossa constituição, como, por exemplo, estabelecer que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*); fundar o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, parágrafo 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*).

Em verdade, tendo sido reconhecida pela ordem jurídica estatal (expressa ou implicitamente), verifica-se que a dignidade da pessoa humana passou a integrar o direito positivo vigente.

Aos destacarmos o reconhecimento da dignidade da pessoa pela ordem jurídico-positiva, não se está afirmando que a dignidade da pessoa humana exista apenas onde e à medida em que seja reconhecida pelo direito. Porém, do grau de reconhecimento e proteção outorgado à dignidade da pessoa pelas ordens jurídico-constitucionais de cada país, e pelo direito internacional, certamente irá depender sua efetiva realização e promoção.

Dentro das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Ao sistema de direitos fundamentais é conferido uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática. Este sistema, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima.

Vale-se da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias, interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana.

Sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

Sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a própria dignidade.

A relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação “*sui generis*”, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos

direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.

Além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do capítulo II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Igualmente – de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, parágrafo 2º da nossa Carta Magna – foi cancelada a existência de direitos fundamentais implícitos, subtendidos naqueles expressamente positivados (CF/88, artigo 225, por exemplo).

Nada impede que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares.

Utiliza-se o princípio da dignidade da pessoa humana como limite dos direitos fundamentais haja vista que inexistente direito absoluto e que o abuso de direitos fundamentais poderia levar ao esvaziamento e a supressão de tais direitos, acarretando conseqüentemente prejuízos à dignidade, pois como já foi exposto, direitos fundamentais e dignidade estão intimamente ligados justamente para proteger a dignidade é que se faz necessário impor limites aos direitos fundamentais.

Muitas vezes acaba-se por se impor limites à própria dignidade da pessoa humana. Quando a dignidade de uma pessoa entra em conflito com a dignidade de outra pessoa ou grupo de pessoas, é necessário que a dignidade de uma das partes em conflito seja limitada para que se preservem valores e interesses sociais mais relevantes para toda a comunidade.

Ainda que a dignidade pessoal possa e muitas vezes seja considerada na prática, tal desconsideração não pode encontrar respaldo na ordem jurídica, pois esta impõe ao Estado e aos particulares o dever de respeitar, proteger e promover a dignidade de todas as pessoas.

3) CAPÍTULO DOIS – DA PROVA

3.1.Introdução

Estabelece o artigo 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas desse título”. Tem-se aí consagrada a utilização do Código de Processo Civil (lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), como fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em for incompatível com o processo judiciário do trabalho.

Como define **Cândido Rangel Dinamarco**:

É ambíguo o significado da locução *fonte do direito*. Tradicionalmente ela é empregada para designar os modos como o direito se expressa, ou seja, os *modos de expressão do direito*. Mas por *fonte do direito* pode-se também designar o ente que produz norma – o Estado, a própria sociedade, os grupos, os indivíduos e os entes intermediários institucionalizados (tais são as fontes substanciais do direito). Por isso, parte da doutrina prefere referir-se a *fonte* somente nesse sentido, designando os atos de produção jurídica por *modos de expressão do direito*. Falando-se porém em *fontes formais do direito*, que não se confundem com suas *fontes substanciais* (os entes produtores), qualquer mal-entendido fica afastado⁸.

Resumidamente, **Dinamarco** sentencia: “Prova é demonstração e provar é demonstrar⁹”.

Para **Silvio de Salvo Venosa**:

A expressão fonte do Direito tem dois sentidos: origem histórica ou diferentes maneiras de realização do Direito. (...)

No início da evolução social, mormente antes de surgir a escrita, residia nos costumes a principal fonte. A tradição oral desempenha papel importante no estabelecimento de condutas, como ainda ocorre com as sociedades primitivas. Posteriormente, a lei ganha foros de fonte principal. Sob esses dois aspectos, decorrem os dois principais sistemas atuais: o sistema do direito costumeiro do *Common Law* e o sistema romano-germânico, que é o nosso, (...).

A lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4-9-42), que não é simplesmente uma introdução ao Código Civil, mas a todo o ordenamento jurídico brasileiro, apresenta em seu art. 4º, como fontes de Direito: a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. Continua em vigor mesmo perante o Código Civil de 2002 e com ele se harmoniza perfeitamente.

Miguel Reale (1973:164) entende por fonte do Direito, no aspecto que nos interessa, “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia”.

⁸Instituições de direito processual civil, São Paulo: Malheiros, 2004, p.71.

⁹Obra citada, p. 43.

Há, destarte, necessidade de um poder que dê validade a essas fontes como normas.

Cumpra examinar de quais fontes brota o Direito.

É necessário distinguir as fontes diretas, ou seja, as que de per si possuem força suficiente para gerar a regra jurídica, as quais podem ser denominadas, segundo a doutrina tradicional, fontes imediatas ou primárias. Ao lado dessas, há as denominadas fontes mediatas ou secundárias, as que não têm a força das primeiras, mas esclarecem os espíritos dos aplicadores da lei e servem de precioso substrato para a compreensão e aplicação global do Direito.

Como fontes primárias ou formais, a maioria da doutrina estatui a lei e o costume. Como fontes mediatas ou secundárias devem ser citadas, sem unanimidade entre os juristas, a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais de Direito e a equidade.

Entendendo-se, contudo, a fonte formal do Direito como modo de expressão do Direito Positivo, só a lei e o costume podem assim ser considerados. Os outros institutos gravitam em torno da noção de estratégia para a aplicação do Direito.

É importante fixar de plano que no universo jurídico atual, como já apontamos, coexistem duas grandes famílias jurídicas (sistemas). O sistema denominado romano-germânico, em que tem cabal proeminência a lei escrita, e o sistema do *Common Law*, dos países de língua inglesa ou de colonização inglesa, em geral, que é um sistema, basicamente, de direito não escrito, vazado em normas costumeiras e precedentes.

Note, ainda, que, embora nosso ordenamento de leis seja escrito, legalmente se reconhecem outras fontes, como vimos no citado art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰.

O título X da CLT, que trata do processo judiciário do trabalho, silencia sobre a definição do que sejam provas e suas espécies. Bem lembra **Francisco Antônio de Oliveira**, ao comentar que a C.L.T dedica apenas 13 artigos às provas (artigos 818 a 830), mais especificamente à prova testemunhal. Portanto, como preceitua o artigo 769 da CLT, será usado o Código de Processo Civil (CPC) no que tange ao conceito e definição das outras espécies de provas processuais¹¹.

Valentim Carrion esclarece em que condições podem as normas, institutos e doutrina do processo civil serem aplicadas ao processo laboral: a) desde que tais normas, institutos e doutrina não estejam regulados na C.L.T de outro modo; b) desde que tais normas, institutos e doutrina não ofendam os princípios do processo laboral, vale dizer, desde que não lhes sejam incompatíveis; c) se adaptem aos mesmos princípios e às peculiaridades do processo laboral; e d) desde que não haja a impossibilidade material de sua aplicação, ou seja, desde que tais institutos não sejam estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista¹².

¹⁰ Direito civil: parte geral, 6.ed., São Paulo:Atlas, 2006, p. 9

¹¹ O processo na justiça do trabalho: doutrina, jurisprudência, enunciados e súmulas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 464/465.

¹² Comentários à consolidação das leis do trabalho, São Paulo: Saraiva, 2007, p.584

O artigo 332 do CPC define o que são provas: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Pela definição, podemos estabelecer alguns elementos para que algo seja considerado como prova.

O primeiro define que deve ser meio legal, ou seja, obtido em estrita observância à lei, sendo que sua não-observância invalida a prova, tornando-a ilícita. **Ada Pellegrini Grinover** define o que seja prova ilícita, dizendo que é:

(...) a fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade¹³.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI dispõe que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo.

Nem mesmo as provas subseqüentes obtidas por meio legais, advindas da prova ilícita original podem ser admitidas no processo, as assim chamadas provas ilícitas por derivação, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal firmado posição nesse sentido. Sobre isso observa **Fernando da Costa Tourinho Filho**:

A inadmissibilidade (...) não se restringe apenas às provas obtidas ilicitamente, mas inclusive, às obtidas por derivação. Diz-se prova ilícita por derivação quando, embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos. A proibição alcança não apenas as provas ilícitas propriamente ditas (...) como as “ilícitas por derivação” – *fruits of the poisonous tree*.(...)

Aliás, a Suprema Corte tem sufragado (por maioria de votos) a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por de por derivação, ou da doutrina denominada *fruits of the poisonous tree*. No HC 69.912/RS, o Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator, observou: “Vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas. E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida” (*Informativo* STF n. 36, de 21-6-1996). No HC 73.351/SP, o STF, concedendo o *writ*, observou que “a prova ilícita contaminou as provas obtidas a partir dela. A apreensão de 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica...” (...)¹⁴.

Trazendo a valiosa lição acima do Mestre **Tourinho Filho** para a seara trabalhista, *mutatis mutandis*, nos parece que no processo do trabalho também é vedada a utilização de

¹³ O processo em evolução, Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1998, p. 48.

¹⁴Processo penal, volume 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

provas obtidas, ainda que indiretamente, por meios ilícitos, dada a vedação constitucional presente no artigo 5º, inciso LVI.

Registre-se que parte da doutrina critica severamente a adoção da teoria da *fruits of the poisonous tree* (“frutos da árvore envenenada”). **Dinamarco** afirma:

A ineficácia das provas ilícitas constitui opção do constituinte de 1988, que, sensível a clamores de parte da doutrina (...), quis ir além da mera imposição de sanções severas aos autores de ilicitudes na captação de fontes probatórias ou na realização da prova. Em si mesma, essa opção radical transgride princípios constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não conhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda quando o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito. Mas o Supremo Tribunal Federal já foi além, ao adotar a conhecida teoria dos *frutos da árvore contaminada* para tachar de ineficazes as fontes de prova obtidas e também os meios de prova realizados em *desdobramento* de informações obtidas mediante ilicitudes. Essa extremada radicalização compromete de morte o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão (...)”¹⁵.

Destaca ainda o ilustre mestre que a decisão de se adotar a teoria dos *frutos da árvore envenenada* pelo STF não se deu por unanimidade, tendo sido vencedora por maioria estrita.

O segundo elemento diz respeito à legitimidade moral da prova obtida. Destaque-se a locução “moralmente legítimos” presente no artigo 332 do CPC a ajudar a definir quais meios de prova são aceitáveis por nosso ordenamento jurídico. Qual o sentido que o legislador pretendeu dar a tal locução? **Antonio Carlos de Araújo Cintra** ensina que:

(...) a legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados¹⁶.

Dinamarco assevera que “(...) a referência *a meios de prova moralmente legítimos* deve ser lida como *fontes de prova obtidas ou manipuladas por meios lícitos*.”¹⁷

Interessante é o terceiro elemento. A própria lei processual civil deixou em aberto a possibilidade de utilização de outros meios de prova que não apenas aqueles previstos em seu artigo 332. Não é, portanto, o artigo 332 do CPC *numerus clausus* no que se refere à especificação dos meios de prova.

O quarto elemento refere-se à finalidade dos meios de prova. Uma prova não é um fim em si mesmo. Ela serve para provar a verdade dos fatos nos quais está fundada a ação ou a defesa a essa ação. Melhor dizendo, toda prova serve para provar **alegações** sobre fatos

¹⁵ Instituições de direito processual civil, São Paulo: Malheiros Editores, p. 51.

¹⁶ Comentários ao código de processo civil, vol. IV: arts. 332 a 475, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 98

¹⁷ Obra citada, p. 50.

controvertidos, ou seja, “as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos”¹⁸.

As alegações, são, portanto, as **razões** de fato ou de direito que são apresentadas pelas partes em uma ação judicial com o objetivo de defender ou de defender-se de um direito pretendido.

Humberto Theodoro Júnior ensina que são os fatos litigiosos o objeto da prova. Prosseguindo, o festejado mestre diz que toda prova tem um objeto, uma finalidade, um destinatário, sendo que a prova deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados, sendo que o objeto da prova judiciária são os fatos deduzidos em juízo pelas partes em juízo. A formação da convicção em torno desses mesmos fatos é a finalidade das provas. Já o destinatário seria o juiz ante o qual está submetida a demanda, e a prova, cumprida sua finalidade, deverá estar convencido da verdade dos fatos a ele apresentados, e com base nessa verdade factual deverá o juiz resolver a demanda que lhe foi apresentada. Ainda que o juiz, ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento não pode agir de forma arbitrária, devendo observar os critérios presentes no artigo 131 do CPC. Prosseguindo, diz que há três sistemas de formação de convencimento judicial conhecidos na história do direito processual, que são: a. o sistema do critério legal; b.o sistema da livre convicção; c.o sistema da persuasão racional.Demonstra o mestre que o CPC, como se pode deduzir da leitura de seu artigo 131, adotou o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado¹⁹.

Na lição de **Dinamarco**:

o vocábulo prova vem do adjetivo latino *probus*, que significa *bom, correto, verdadeiro*; conseqüentemente, provar é demonstrar que uma que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade.O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de *prova-las*, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. (...) ²⁰.

Como visto, a prova presta-se à comprovação da veracidade e da credibilidade das razões apresentadas pela parte em juízo com o fim de defender ou repelir direito perseguido em sede de ação judicial. Vale dizer, sempre que houver fatos *controvertidos*, isto é, sempre que houver “choque de razões, alegações ou fundamentos divergentes, que se excluem – de modo que a aceitação de uma delas é negação da oposta ou vice-versa (...)”²¹.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, obra citada, p. 58

¹⁹ Curso de direito processual civil, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.384.

²⁰Obra citada, p.58.

²¹Carnelutti *apud* Dinamarco, obra citada, p.59.

Em linhas gerais, *grosso modo*, podemos dizer que as provas servem, para, em havendo impasse entre duas alegações de fato ou de direito mutuamente excludentes apresentadas por partes opostas de uma contenda judicial, auxiliar o juiz a decidir-se por uma das alegações. A prova, é, portanto, o diferencial que irá fazer decidir a causa para um dos lados, geralmente, para aquele que tiver melhor lastro probatório que embase suas razões de fato ou de direito.

3.2. Discussão sobre a validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova

Se as fontes de direito são as maneiras de como o direito se expressa em determinado ordenamento jurídico, os meios de prova são os veículos que irão levar para dentro do processo as comprovações das razões de fatos ou de direito alegados pelas partes opostas em uma contenda judicial, auxiliando o juiz no julgamento da causa que lhe é apresentada, ou como conceitua **Ovídio Baptista** “são as fontes em que o juiz colhe a verdade dos fatos, e os instrumentos de que as partes se servem para demonstrar os fatos que aduziram”²²..

Miguel Reale, em sua célebre teoria tridimensional do direito, ensina que a capacidade de evolução de uma sociedade e, por conseguinte, de seus costumes é maior do que a capacidade dessa mesma sociedade de produzir normas. Pela leitura desse trecho da vasta obra do saudoso mestre, podemos concluir, sem grande esforço intelectual, que há um natural descompasso entre os fatos sociais e a produção de normas capazes de regulá-los.

Para os objetivos pretendidos nesta modesta obra, nosso interesse se focará, basicamente, na discussão sobre a admissibilidade das mensagens eletrônicas como meio de prova, e na análise se tais mensagens são meio de prova típico ou atípico.

A doutrina diferencia basicamente os meios de prova em provas legais ou típicas (aquelas expressamente admitidas na lei), e provas atípicas (aquelas que se constituem como outros meios de prova que são postos à disposição do magistrado para ajudá-lo a descobrir qual a melhor solução jurídica a ser aplicada no caso concreto).

As provas legais ou típicas são aquelas expressamente admitidas pela lei como sendo os meios admissíveis de comprovação da verdade de um dado fato que confirme ou renegue o direito alegado em juízo. Assim sendo, são, segundo o CPC, meios legais de prova:

²² *apud* Beatriz da Conciliação Mateus Buchili em “prova judiciária :estudos sobre o novo direito probatório”, coord. Danilo Knijnik ; Arthur Thompson Carpes... (et al) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

1.depoimento pessoal (art.342 e seguintes); 2.confissão (art.348 e seguintes); 3.exibição de documento ou coisa (art.355 e seguintes); 4.prova documental (art.364 e seguintes); 6.prova testemunhal (art.400 e seguintes); 7.prova pericial (art.420 e seguintes).

No Código Civil (art.212) são consideradas provas:1.confissão; 2.documento; 3.testemunha; 4. presunção; 5. perícia.

Já as provas atípicas são assim chamadas porque não estão enquadradas no rol legal de meios hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funde a ação ou a defesa (dicção do artigo 332, CPC), mas que são admitidas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como meios hábeis de demonstração da verdade de determinado fato presente em uma lide que tenha sido posta para exame e resolução pelo estado-juiz. A doutrina classicamente aponta como provas atípicas os indícios, a prova emprestada, as constatações realizadas por oficial de justiça e a inquirição de testemunhas técnicas²³.

Theodoro Júnior diz que o CPC admite outros meios de prova ainda que nele não especificados desde que respeitem a limitação presente em seu artigo 332, vale dizer, desde que sejam meios “moralmente legítimos”²⁴.

Dinamarco critica a redação do art. 332 do CPC.

é estranha redação do art.332, ao falar “em meios legais, bem como os moralmente legítimos” – como se os meios legais fossem ilegítimos.O art.32 da Lei dos Juizados Especiais consigna “todos os meios de prova legítimos, ainda que não especificados em lei”²⁵

Continuando, ensina o mestre que o artigo 32 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e o artigo 332 do CPC contém duas disposições intimamente interligadas, mas distintas: a).aditem-se meios probatórios úteis à comprovação de fatos relevantes para o processo, quer a lei os tipifique, que não o faça; b).exclui-se a admissibilidade de um meio de prova, ainda quando tipificado em lei, sempre que seja destituído do requisito da moralidade.²⁶

Finalizando, ensina o grande processualista que “O Código dita somente *limitações*, jamais a exclusão em tese de alguma fonte de prova.”²⁷ O professor **Dinamarco** entende que os meios informáticos podem ser fontes de prova.²⁸

Caso se considere as mensagens eletrônicas como meio de prova típico, estas poderiam ser consideradas espécie do gênero documento (CPC, art. 364). **Carnelluti** citado

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto, obr. cit. p.390; DINAMARCO, Cândido Rangel,obr.cit. p. 94. ., DE OLIVEIRA, Francisco Antônio, obra citada, p. 469

²⁴ Obra citada, p. 390

²⁵ Obra citada, p.94.

²⁶ Obra citada, p.94-95.

²⁷ Obra citada, p.88.

²⁸ Obra citada, p.88 e p.50.

por **Humberto Theodoro Júnior** diz que documento “é uma coisa capaz de representar um fato”²⁹. Já o próprio **Humberto Theodoro Júnior** diz que documento “é o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou a retratação material de algum acontecimento”³⁰. Ensina o mestre que os documentos são classificados quanto à sua elaboração como documentos particulares e documentos públicos. Os primeiros são documentos produzidos sem a interferência de um oficial público, e os últimos, produzidos com tal interferência. Os documentos particulares se subdividem em instrumentos particulares e simples documentos particulares. São instrumentos particulares os escritos redigidos com a intenção específica de registrar, documentar a prática de um ato jurídico, formando uma prova pré-constituída para o futuro, como, por exemplo, o contrato de locação e o recibo de um pagamento feito. Já os simples documentos particulares seriam quaisquer outros escritos que sirvam para provar algum acontecimento ligado ao ato jurídico³¹.

As mensagens eletrônicas poderiam ser enquadradas tanto como instrumentos particulares quanto simples documentos particulares. Como exemplo do primeiro, temos as mensagens eletrônicas de confirmação de pedido e de pagamento efetuado enviadas, por parte do fornecedor, à caixa postal eletrônica de um consumidor que tenha feito uma compra pela internet. Seria exemplo do segundo mensagem eletrônica mandada pelo mesmo consumidor reclamando a entrega de mercadoria comprada e paga, e não entregue na data combinada.

As mensagens de correio eletrônico, mesmo sendo consideradas espécie do gênero prova documental, possuem tantas peculiaridades, tantas particularidades, que as deixam muito distantes dos documentos tradicionais. A doutrina mais moderna é a que melhor aponta as peculiaridades próprias do novíssimo meio de prova.

Renato Luís Belucci destaca alguns questionamentos sobre a utilização dos arquivos eletrônicos como meio de prova: 1.a admissão dos arquivos eletrônicos como meio de prova; 2. o tipo de prova que caracterizam; 3. o valor probante que lhes é atribuído.

Destaca o autor que a admissibilidade dos arquivos eletrônicos como meio de prova depende da maior ou menor flexibilidade dos ordenamentos jurídicos quanto ao regime de provas. Como já dito por nós em tópico anterior, o CPC, ao tratar dos meios de prova, não estabeleceu um rol taxativo para tais meios probantes, sendo, portanto, nosso ordenamento bastante flexível e conseqüentemente bastante permeável, em tese ao menos, à utilização dos arquivos eletrônicos como meios de prova. Ensina o autor que o problema da admissibilidade

²⁹Obra citada, p.407

³⁰idem.407

³¹ibidem, p.408 a 412

dos arquivos eletrônicos como meio de prova é maior em ordenamentos jurídicos que estabelecem um rol taxativo dos meios de prova.

Destaca ainda o autor que o CPC não dispõe de regulamentação própria quanto à utilização dos arquivos eletrônicos como meio de prova. Explica o autor que à época da promulgação do estatuto processual civil pátrio os arquivos eletrônicos como meios de prova ainda não tinham sido desenvolvidos³².

Podemos dar tratamento análogo dos arquivos eletrônicos às mensagens eletrônicas.

Augusto Tavares Rosa Marcacini indaga a respeito da credibilidade dos meios eletrônicos, que é alterável por natureza, em contraste à credibilidade do documento tradicional, que se utiliza de meio físico, tangível, sobretudo o papel. O autor demonstra que a utilização da criptografia assimétrica pode solucionar o problema da credibilidade dos meios eletrônicos de prova³³.

João Batista Lopes defende a tese de que o documento eletrônico é uma espécie de prova documental, não se constituindo uma nova espécie de prova propriamente dita, mas tão-somente uma modalidade de prova documental com características próprias (que serão por nós abordadas em tópico mais à frente). Defende ele essa linha de pensamento porque o documento eletrônico se submeteria às regras que regem a prova documental, quais sejam a admissibilidade, a autenticidade, a produção, e sua valoração (artigos 364 e seguintes do CPC).

Continuando, ele levanta a seguinte indagação no que tange ao valor probante dos documentos eletrônicos: pode o documento eletrônico ser equiparado ao documento comum? Para responder essa questão, ensina o mestre que a avaliação das provas submete-se ao preconizado no artigo 131 do CPC, que estatui que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Diz o mestre que o artigo do CPC em tela consagrou o princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada e não somente o da livre convicção plena.

Por esse princípio, tem o juiz a liberdade, relativa, de apreciar as provas que lhes são apresentadas no curso de um processo. Observe-se que há dois limites claros que norteiam a apreciação das provas por parte do juiz: um, positivo, que não estabelece, *a priori*, valores ou critérios de apreciação das provas (sistema das provas tarifadas); outro, negativo, que veda ao juiz julgar baseado apenas em suas impressões pessoais acerca das provas das quais tomou

³² A tecnologia aplicada ao processo judicial, Campinas: Millenium Editora, 2006, p. 75 a 84.

³³ *Apud* Renato Luís Belucci, obra citada, p. 82

conhecimento. É necessário, portanto, que o juiz, ao julgar, leve em consideração todas as provas constantes nos autos, devendo mencionar na sentença porque recusou ou aceitou, motivadamente, as provas produzidas.

Assim sendo, conclui que essas mesmas regras são aplicáveis ao documento eletrônico, pois o insigne mestre defende, como já dito, que este é espécie do gênero documento, sujeitando-se dessa forma ao regime que regula esse meio de prova³⁴.

Não nos parece a melhor opção, *data venia*, considerar as mensagens eletrônicas como espécie do gênero documento, logo considerando-as como prova típica, pois como já dito, tais mensagens possuem tantas peculiaridades que lhes são próprias, especialmente no que diz respeito à sua autenticidade e originalidade, cuja discussão se dará em tópico apropriado, que elas constituiriam uma espécie *sui generis* de prova documental. Melhor seria então enquadrar as mensagens eletrônicas como meio de prova atípico, haja visto que a lei processual civil é bastante flexível quanto à admissibilidade de novos meios de prova.

Nota-se, pelo que foi exposto, um novo problema nascido do descompasso advindo do desenvolvimento tecnológico e a lei processual civil no que tange ao aparecimento e utilização de arquivos eletrônicos como meios de prova. A ausência de autorização (ou vedação) legal expressa quanto à utilização de arquivos eletrônicos como meios de prova tem demandado intenso debate na doutrina e na jurisprudência sobre sua utilização, os problemas de validação desse novíssimo meio de prova e os limites autorizadores de sua utilização.

3.3. Pressupostos de validade.

A utilização das mensagens de correio eletrônico como meio de prova requer alguns pressupostos básicos quanto à autenticidade e originalidade desse recém surgido meio de prova.

O pressuposto da autenticidade refere-se a dois aspectos básicos, que são a garantia de autoria da mensagem, e a garantia de correta datação de realização da mensagem.

A garantia de autoria quer dizer, basicamente, que não se pode restar dúvidas quanto à certeza da correta e incontestável autoria material da mensagem. Em termos mais simples, é a certeza de que foi o remetente da mensagem de correio eletrônico que realmente a enviou ao

³⁴ A prova no direito processual civil, 3.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 188 a 191

destinatário final. Tal preocupação tem total pertinência, pois é notória a atuação de piratas eletrônicos, os chamados *hackers* e *crakers*, que se especializaram em invadir sistemas informáticos alheios, roubar informações e disseminar falsas mensagens utilizando-se muitas vezes de mensagens de correio eletrônico com o intuito de atrair vítimas para páginas na internet falsas, que imitam portais eletrônicos de grandes empresas, com o objetivo de infectar o computador do usuário desavisado com programas espiões para que tais programas possam roubar da vítima informações que sejam úteis aos piratas e repassá-las a eles automaticamente. A solução a esse problema dá-se com a utilização da assinatura digital, que é o similar, no que tange ao documento eletrônico, da assinatura aposta no documento confeccionado em papel, que resumidamente significa dar a cada mensagem eletrônica um código numérico identificador único, exclusivo e inalterável, por meio de uma complexa operação matemática realizada com a utilização da técnica da criptografia e que permite dar garantia de segurança, não cabendo aqui discutir se tal garantia é absoluta ou relativa, da fidedignidade da origem da mensagem que chegou ao destinatário. Há também a utilização de senhas, que são códigos pessoais de acesso aos programas e sistemas de informática, dentre eles os programas de correio eletrônico, e que permitem a identificação, tanto por parte do destinatário quanto do administrador do sistema do qual foi enviada a mensagem, do autor desta.

Quando a parte contra quem for apresentada a mensagem eletrônica como meio de prova no curso de um processo judicial levantar suspeita quanto à autenticidade da mensagem eletrônica digitalmente assinada, ou de seu contexto, poderia esta mesma parte, com base no artigo 375 do Código de Processo Civil, contestar a assinatura, utilizando, por analogia, a garantia de contestação à assinatura de documento escrito ou da veracidade de seu contexto. Fica claro que se a parte que contestar não tiver condições técnicas para proceder tal contestação, poderá requisitar a realização de perícia técnica. Estatui o artigo 372 do CPC:

Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzida documento particular, alegar, no prazo estabelecido no artigo 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem como verdadeiro.

Já a garantia de correta datação de realização da mensagem pode ser resumida na certeza de que a mensagem enviada ao remetente, ainda que sendo autêntica quanto à sua autoria, foi realmente enviada na data que consta de seu recebimento pelo destinatário.

Quanto a esse problema, pode a parte que levantar a questão solicitar a realização de perícia técnica para dirimir a dúvida, tendo por base o artigo 370 do CPC, *verbis* :

Art.370 – A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito. Mas em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

I – no dia em que foi registrado;

II – desde a morte de algum dos signatários;

III – a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários;

IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

V – do ato ou fato que estabeleça, de certo modo, a anterioridade da formação do documento.

Destaca **Renato Luís Benucci** que os incisos do art. 370 do CPC são aplicáveis aos documentos eletrônicos, com ressalva ao inciso III, já que ocorre a impossibilidade de realização da assinatura de modo convencional que pode não se aplicar à assinatura realizada de forma digital. Destaca ainda, citando a solução proposta por Augusto Tavares Rosa Marcacini no que se refere à questão da garantia da data, a publicação em jornais das assinaturas digitais, ou a certificação por terceiros de fé pública, como o Registrador de Títulos e Documentos. Tais medidas serviriam como registro da data de envio, ao destinatário, da mensagem eletrônica, eliminando, em tese, as dúvidas quanto a data de efetivo envio da mensagem³⁵.

A questão da originalidade deve ter também destacada atenção, sobretudo no que se refere à dificuldade de se estabelecer a originalidade de um documento eletrônico.

A lei, ao tratar do tema quanto aos documentos de papel exige que tais documentos sejam originais. Diz o artigo 369 do CPC:

Art.369. Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.

O artigo 830 da CLT estabelece:

³⁵ Obra citada, p.75 a 84.

Art.830. O documento oferecido para prova só será aceito se estiver no original ou em certidão autêntica, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o juiz ou o tribunal.

Devemos definir primeiro o que é um documento original.

Ensina **Francisco Antônio de Oliveira** que os documentos, quanto à forma, se distinguem em originais e cópias, sendo que documento original é aquele que se apresenta em sua forma originária, genuína. Já a cópia seria a reprodução do documento original³⁶.

Porém, surge uma questão: Como garantir a originalidade de um documento eletrônico que pode ser reproduzido infinitas vezes, como, por exemplo, uma mensagem de correio eletrônico? **Renato Luís Benucci** procura respondê-la ao destacar a opinião de Augusto Rosa Tavares Marcanini :

estes conceitos, de documento original, ou de vias de um mesmo documento, são inexistentes no meio eletrônico. O documento eletrônico é a seqüência de bits e, onde quer que esteja gravado, em qualquer quantidade de cópias, mas desde que seja reproduzida exatamente a mesma seqüência, teremos sempre o mesmo documento. Dado o fato de que o documento eletrônico pode ser copiado infinitas vezes, mantendo-se exatamente igual à matriz, é impossível falar-se em original, em cópia, ou em número de vias do documento eletrônico. Toda *cópia* do documento eletrônico terá sempre as mesmas características do *original*, e por isso, dever ser assim considerado. É o caso até de dizermos que não existe um original e não existem cópias nem vias do documentos eletrônico, enquanto ele for mantido nesta forma.

Se pensarmos, porém, que um documento eletrônico pode ser reproduzido em meio físico, e vice-versa, neste caso é possível falar-se em original e cópia. Se o documento foi originalmente elaborado e assinado em meio eletrônico, é de ser considerada original a mesma seqüência de bits, qualquer que seja o meio em que esteja armazenada; mas podemos falar em cópia do documento eletrônico quando esta seqüência de bits, traduzida pelo programa de computador, for impressa sobre papel. Neste caso, o papel é a cópia e o arquivo eletrônico com assinatura criptográfica é o original. Eventual alegação de desconformidade entre o original e a cópia demandará análise do documento eletrônico, com o uso de um computador e de um *software* específicos que leiam este arquivo eletrônico e reconheçam a assinatura. Por outro lado, um documento originalmente lavrado em papel pode ser introduzido no computador, por meio de um *scanner*, seja para fins de armazenamento e recuperação rápida, seja para transmissão. Aqui, existe um original em papel, do qual o documento eletrônico é apenas a cópia. A dúvida quanto à autenticidade da cópia eletrônica demandará o exame do original em papel³⁷.

Como vimos, houve uma mitigação do conceito de originalidade documental no que se refere aos documentos eletrônicos. Resumidamente, um documento eletrônico poderá:

³⁶ Obra citada, p.482

³⁷ Obra citada, p.75 a 84

1. ser tanto original quanto cópia, quando este estiver restrito ao meio computacional, ou seja, à sequência de bits que o compõe quando de sua criação exclusivamente no computador. Sempre que um documento eletrônico presente em um computador seja copiado para qualquer tipo de meio de armazenamento magnético removível ou mesmo para o disco rígido de outro computador, não há que se falar em original e cópia, pois tanto o documento armazenado no computador originário quanto o documento presente em meio de armazenamento ou transferido diretamente a outro computador, desde que respeitada a sequência de bits que o compõe quando de sua elaboração, terão sempre as mesmas características, não sendo possível fazer a diferenciação do que seja cópia do original;

2. Haverá cópia e original quando o documento eletrônico for impresso em papel. Nesse caso, o documento eletrônico presente em meio computacional, vale dizer, sua sequência em bits quando de sua criação no computador originário, será o documento original, e esse mesmo documento eletrônico impresso em papel será sua cópia;

3. Vice-versa ocorrerá quando um documento em papel for copiado, utilizando-se *scanner*, para o meio computacional, ou seja, ter seu conteúdo transformado em sequência de bits, sendo possível sua leitura, manipulação, reprodução e arquivamento por computador. Dessa maneira, ter-se-á como documento original o impresso em papel, e como cópia sua reprodução em meio computacional.

Destaque-se ainda a edição da Medida Provisória Nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, (D.O.U de 27.8.2001), que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil e que tem por objetivo, conforme disposto no em seu artigo 1º, “garantir a autenticidade, a integralidade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.”

3.4. limitações ao uso das mensagens eletrônicas como meio de prova

Procuraremos nesse tópico configurar as hipóteses em que pode (se é que pode) o empregador legitimamente ter acesso ao conteúdo desses *e-mails*, e se ele pode aplicar

penalidades baseadas exclusivamente em seu conteúdo. Parece-nos que aqui há um conflito entre dois direitos distintos: o direito à privacidade do trabalhador e o direito ao poder diretivo do empregador.

Em primeiro lugar, cabe lembrar que o direito à intimidade é constitucionalmente garantido, figurando no artigo 5º da Constituição Federal, que protege os direitos do cidadão quanto à sua intimidade, inviolabilidade de correspondência e de comunicação. O direito à intimidade é um direito fundamental de aplicabilidade imediata.

Ingo Wolfgang Sarlet lembra que são direitos fundamentais os direitos e garantias individuais, e os direitos sociais, políticos e coletivos assegurados na Constituição Federal³⁸.

Regina Linden Ruaro diz que:

o direito à intimidade corresponde a todos os fatos, informações, acontecimentos, entre outros, que a pessoa deseja manter dentro de seu foro íntimo, somente ela tem acesso. Tudo que possa moldá-la de forma singular está sob proteção do manto do direito à intimidade³⁹.

Bruno Lewicki esclarece que deve haver uma distinção conceitual entre o que seja privacidade, intimidade e vida privada. Diz que as noções de “intimidade” e “vida privada” remetem às teorias alemãs das esferas concêntricas, “dentro das quais o homem estaria, em maior ou menor grau, livre de ingerências externas”⁴⁰.

Bruno Herlein Correia de Melo explica que:

em acordo com a teoria alemã, a esfera privada (*Privatsphäre*) seria a de maior diâmetro, contendo todas as demais, compreendendo o menor grau de intimidade em sua área não coberta por outras⁴¹.

Paulo José da Costa Júnior, conceitua a esfera privada como sendo “todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público”⁴².

Prosseguindo, **Bruno Herlein Correia de Melo** diz que “contida pela esfera privada estaria a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*)”⁴³.

Na definição de **Paulo José da Costa Júnior**, “dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita confiança e com as quais mantém certa familiaridade”⁴⁴.

³⁸ Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.409.

³⁹ Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações /org. Ingo Wolfgang Sarlet ;Frank I.Michelman... (et al) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.238.

⁴⁰ Obra citada, p.238.

⁴¹ Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho, Campinas: Servanda Editora, p.88.

⁴² *apud* Bruno Herlein Correia de Melo, obra citada, p.88

⁴³ Obra citada, p.88

⁴⁴ *apud* Bruno Lewicki, obra citada, p.35

Bruno Lewicki esclarece que a última das esferas privadas, a mais interna, é esfera do segredo, e cita a definição de **Paulo José da Costa Júnior** que a conceitua como sendo “aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, da qual compartilham, quando muito, alguns amigos apenas”⁴⁵.

Bruno Lewicki destaca a similaridade funcional dos três conceitos apresentados. Ele dá preferência, em seu interessante trabalho ao conceito de privacidade, por ser, segundo ele, este conceito o mais atual e genérico, cujo uso vem sendo difundido não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência, inclusive de nossos tribunais superiores⁴⁶, como poderemos constatar mais adiante no tópico 2.4. Aliamo-nos a esta posição, pois temos a pretensão de que esta pequena obra seja a mais precisa e objetivo possível, passando ao largo de confusões conceituais. Ademais, **Alice Monteiro de Barros** ensina que “em português, os termos privacidade e intimidade são sinônimos, constituindo elementos necessários à convivência entre os homens.”⁴⁷.

Seria o direito à privacidade um direito fundamental absoluto? **Ingo Wolfgang Sarlet** ensina que:

(...) pelo fato de serem os direitos fundamentais, ao menos em regra, exigências e concretizações em maior ou menor grau da dignidade da pessoa não como um fundamento isolado, mas vinculado a determinada norma de direito fundamental. Não é à toa que juristas do porte de Ernst Benda chegaram a afirmar que os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. (...) a dignidade da pessoa humana atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.⁴⁸

Pelo exposto, não seria errado dizer que o direito à dignidade constitui-se como sendo o núcleo, a coluna-mestra dos direitos fundamentais. Com este mesmo entendimento, **Ingo Wolfgang Sarlet** destaca grande parte da doutrina⁴⁹.

Ainda na esteira das preciosas lições de **Ingo Wolfgang Sarlet**, o mestre chama a atenção sobre a questão da possibilidade de relativização da dignidade. Sustenta que:

o que nos parece deva ficar consignado é que não se deva confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é, acima de tudo, a qualidade

⁴⁵ *idem*, p.105

⁴⁶ *ibidem*, p. 36.

⁴⁷ Proteção à intimidade do empregado, São Paulo: LTr, 1997, p. 27

⁴⁸ Obra citada, p.123

⁴⁹ Obra citada, obra citada, p. 120.

intrínseca do ser humano, e que o torna merecedor ou pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção.⁵⁰

Chamou nossa atenção esse trecho pela possibilidade de se fazer dele a seguinte leitura: se é possível admitir-se alguma relativização do direito à dignidade, que é o núcleo dos direitos fundamentais, poder-se-á também admitir a relativização dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à privacidade.

Nesse mesmo entendimento, **Ingo Wolfgang Sarlet**, que parte do pressuposto de que é admitida a possibilidade de se traçarem limites aos direitos fundamentais, já que “virtualmente pacificado o entendimento de que, em princípio, inexistente direito absoluto no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição.”⁵¹

Alexandre de Moraes diz que os direitos fundamentais, dentro os quais os direitos e garantias individuais e coletivos constitucionalmente previstos são relativizados pelos outros direitos também assegurados na Constituição (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), isto é, quando:

houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se utilizar-se do *princípio da concordância prática* ou da *harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.⁵²

Podemos concluir então, sem grande dificuldade, que o direito à privacidade não é um direito absoluto, posto que é espécie do gênero direitos fundamentais, sendo que estes admitem relativa flexibilização tanto pelo entendimento da doutrina quanto pela interpretação do texto constitucional.

Examinemos agora o outro lado da questão: o direito ao poder diretivo do empregador. Como vimos, já está claro que inexistem direitos absolutos, e assim sendo podemos passar ao largo da discussão se tal direito é relativo ou absoluto. Nos ocuparemos então de traçar os limites ao poder diretivo do empregador.

Vamos definir primeiramente o que é poder diretivo.

Estabelece o artigo 2º da C.L.T que empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços.” Logo, empregador é toda empresa, tanto individual quanto coletiva (e aqueles a ela equiparados) que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, que na definição do artigo 3º do Estatuto Trabalhista é “toda pessoa física que

⁵⁰ *Idem*, p.143.

⁵¹ *Ibidem* p.119.

⁵² Direito constitucional, 17.ed., São Paulo:Atlas, 2005, p.28.

prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.”

Valentin Carrion diz que o poder diretivo é um dos elementos que compõem o poder de comando do empregador, sendo os outros elementos o poder de fiscalização e o poder disciplinar. Define o mestre o poder diretivo como sendo o poder que é assegurado ao empregador “de utilizar a força de trabalho que o empregado coloca à sua disposição, respeitada a especificação do serviço contratado e os direitos do empregado.”⁵³

Alice Monteiro de Barros destaca que o poder diretivo tem dois limites, sendo o primeiro externo, que é dado pela Constituição, por outras leis, pelo contrato e pelas normas coletivas, e o outro interno, que dado por seu exercício com boa-fé e de forma regular.⁵⁴

Podemos concluir, então que os limites que impedem o abuso do direito do poder diretivo do empregador quanto ao direito de fiscalização das mensagens de correio eletrônico do empregado servem, ao mesmo tempo, como marcos protetores ao direito à privacidade deste. Destaque-se ainda que tais limites provêm tanto de fontes externas ao empregador (Constituição, leis, contrato de trabalho, normas coletivas, convenções e acordos coletivos de trabalho, termos de ajustamento de conduta, ações civis públicas, etc..), quanto de fontes internas do empregador, em especial do regulamento interno da empresa.

A doutrina que vem se ocupando em definir os limites à utilização das mensagens de correio eletrônico como meio de prova judicial é unânime em destacar a necessidade de harmonia entre o direito à privacidade do trabalhador e o direito ao legítimo exercício regular do poder diretivo do empregador⁵⁵.

A nós nos parece que o ponto central do problema da limitação ao uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho é a maneira como estas foram obtidas, pois como vimos aqui é necessário que haja a harmonização entre o direito à privacidade do trabalhador e o direito ao poder diretivo do empregador. Desta feita, podemos concluir que os limites à admissão das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho passa, necessariamente, pela conservação ou não – violação do direito à intimidade do trabalhador e pelo uso legítimo do poder diretivo do empregador quando de sua obtenção.

⁵³ Obra citada, p.28

⁵⁴ Curso de direito do trabalho, 2.ed., São Paulo:LTTr, 2006, p.556.

⁵⁵ Regina Linden Ruaro, obra citada ., Bruno Lewicki, obra citada, Bruno Herlein Correia de Melo, obra citada.

4) CAPÍTULO TRÊS – A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO DE ADMISSIBILIDADE DAS MENSAGENS DE CORREIO ELETRÔNICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.

4.1 A construção do sistema jurídico a partir da jurisprudência trabalhista

A legitimação das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo em geral e no processo trabalhista em particular vem sendo construída basicamente pela doutrina e pela jurisprudência, haja vista não haver dispositivo legal que regule a utilização de tais meios de prova, em que pese estar em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei que busca alterar o artigo 375 do CPC (Projeto de Lei 6693/2006). Tal projeto de lei, segundo sua ementa propõe-se a incluir o e-mail como meio de prova documental, estabelecendo a presunção de legitimidade do mesmo. Até a conclusão da presente monografia, tal projeto de lei encontrava-se com o seguinte andamento:

“12/06/2008 – Prazo de vista encerrado.”

Ainda há um grande percurso a ser seguido pelo Projeto de Lei 6693/2006, pois conforme dispõe o artigo 24, II do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, os projetos de lei podem ser votados e aprovados pelas Comissões Permanentes sem a necessidade de ir a Plenário da Câmara dos Deputados, mas somente no caso de não ter recebido parecer divergente, caso em que terá que ir obrigatoriamente a Plenário, como se conclui pela leitura do artigo 24, II, g do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Apenas após ter cumprido toda a tramitação prevista no Regimento Interno da Câmara dos Deputados é que o Projeto de Lei 6693/2006 poderá seguir ao Senado, pois o sistema legislativo brasileiro é bicameral, nos termos da Constituição Federal, e após isso seguirá à sanção do presidente da República, que poderá sancioná-lo, vetá-lo parcial ou totalmente, conforme dispõe a Carta Magna.

Desta feita, à falta de norma que trate do assunto, a construção do sistema jurídico que regule a utilização dos *e-mails* como meio de prova está sendo levada a termo pela jurisprudência trabalhista.

Examinaremos a partir de agora a configuração que a jurisprudência vem dando ao uso dos *e-mails* como meio de prova no processo do trabalho. Para tanto, buscamos examinar seis decisões, a título exemplificativo, emanadas por dois Tribunais Regionais do Trabalho (TRT da 10ª Região e TRT da 15ª Região) e pelo Tribunal Superior do Trabalho, que se encontram ao final desta obra, em anexo.

Durante a análise da jurisprudência, podemos notar três configurações básicas, com características próprias, no que tange à admissibilidade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho:

1ª) A validação e aceitação, por nossos tribunais, dos *e-mails* como meio de prova no processo do trabalho, cuja característica básica para tal validação e aceitação é o preenchimento das

condições de admissibilidade de meios de prova existentes no artigo 332 do CPC, conforme podemos notar pelo exame das seguintes decisões (obs.:Acórdão de inteiro teor anexado final desta obra) :

Jurisprudência 01 – TRT da 10ª (obs1.:Acórdão de inteiro teor anexado ao final desta obra; Obs.2.: grifou-se e destacou-se)

Processo: 00543-2007-017-10-00-9 RO (Ac. 1ª Turma)

Origem: 17ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Juiz(a) Relator: MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES

Recorrentes: BancorBrás Corretora de Seguros Ltda; Anália Maria Lopes

Recorridos: os mesmos.

Julgado em: 05/12/2007

Publicado em: 25/01/2008, em www.trt10.jus.br/jurisprudencia

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES

EMENTA

MENSAGENS ELETRÔNICAS. MEIO DE PROVA. ADMISSÃO EM JUÍZO. A teor do artigo 332 do CPC, "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos" são admitidos em juízo para comprovar a verdade dos fatos. Dessa forma, ainda, que se cogite da insegurança da comunicação levada a efeito por intermédio de mensagens eletrônicas ou e-mails, incumbe à parte que impugnou tal meio de prova a comprovação de a emissão, o destinatário ou o conteúdo não são autênticos, requerendo a realização de exame pericial, a teor do parágrafo único do art. 383 do CPC. Quedando-se inerte, tem-se por perfeitamente válidas como meio de prova as mensagens eletrônicas colacionadas com a inicial. ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. Apontando o contexto probatório dos autos para a prática de atos de constrangimento à obreira no ambiente de seu contrato de trabalho, consistentes em recorrente submissão pública a desqualificações, gritos, desferimento de palavras de baixo calão e menosprezo ao serviço executado, levadas a efeito por parte do seu superior hierárquico, forçoso é o reconhecimento da lesão ao acervo extrapatrimonial da empregada.

.Jurisprudência 02 – TRT da 10ª Região (obs1.:Acórdão de inteiro teor anexado ao final desta obra ; obs.2. :grifou-se e destacou-se)

Processo: 00676-2006-002-10-00-5 RO (Ac. 2ª Turma)

Origem: 2ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Juiz(a) Relator: BRASILINO SANTOS RAMOS

Recorrente(s):Fashion Ws Couture e San Philipo Confecções Ltda; Júlio C.T.Barbosa

Recorrido(s): os mesmos

Julgado em: 29/08/2007

Publicado em: 28/09/2007

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) BRASILINO SANTOS RAMOS

EMENTA

1. ADMISSIBILIDADE. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. CONHECIMENTO PARCIAL. Se os argumentos trazidos no bojo do apelo não se prestam a abalar os fundamentos sentenciiais, haja vista que não se comunicam, nos termos do artigo 514, inciso II, do CPC e da Súmula n.º 422 do col. TST, não se conhece do apelo, especificamente quanto ao ponto não contrariado. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PERCENTUAL DE COMISSÕES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO. Reprovável a conduta da parte que, manifestando-se em audiência sobre alteração do pedido deduzido em reconvenção, inclusive concordando que o percentual de comissões indicado foi anotado em carteira de trabalho, tenha aduzido que o julgamento proferido em primeiro grau de jurisdição foi fora do pedido. Diante desse contexto, somente se pode concluir que a recorrente tenta confundir o Juízo, que, porventura, desavisadamente, pode não atentar para a alteração levada a termo em réplica, da qual a consignante tinha plena ciência. Ante os termos dos artigos 17, incisos V e VI e 18 do CPC, de ofício, em reprovação a sua conduta, condeno a consignante a pagar ao consignado multa de 1% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, por litigância de má-fé. 3. DOCUMENTOS NOVOS. JUNTADA EM FASE RECURSAL. SÚMULA N.º 8 DO COL. TST. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. "JUNTADA DE DOCUMENTO. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação

ou se referir a fato posterior à sentença." (Súmula n.º 8 do col. TST). O normal é que documentos sejam trazidos com a inicial e com a contestação, de maneira que o princípio do contraditório e o da ampla defesa fiquem francamente assegurados às partes. Não é raro, entretanto, que o Juiz admita a juntada de documentos fora dessas oportunidades, ressaltando-se que a fase para juntada de documentos pelas partes encerra-se com o próprio encerramento da instrução processual. Se os documentos trazidos no bojo da peça recursal datam de antes da audiência de instrução, mas, se naquela assentada foi indeferida sua juntada pelo MM. Juízo de primeiro grau, não se pode imputar a extemporaneidade de sua juntada à parte. Inaplicável, portanto, à presente hipótese, a inteligência da súmula citada.

4. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHAS. AMIZADE ÍNTIMA. MENSAGENS ELETRÔNICAS. INTERNET. MEIO DE PROVA. VALIDADE. Consignado e testemunhas mantinham conversas via internet, em comunidades virtuais, as quais se prestam como meio de prova. Isso porque, embora totalmente estranhas ao habitat da CLT, revelam a adequação do Poder Judiciário às inovações tecnológicas, não se podendo fechar os olhos para tal realidade. Se as mensagens eletrônicas não foram impugnadas sob a pecha de serem falsas, devem ser admitidas como meio de prova, ante o teor do artigo 332 do CPC, e se delas exsurge de meridiana clareza a amizade íntima entre consignado e ambas testemunhas, que se tratam por apelidos, brincam; no dizer da gíria, "são chegados"; conversam, combinam programas, resta maculada a imparcialidade necessária para prestarem depoimento na qualidade de testemunha, pelo que seus depoimentos não podem ser valorados.

5. FÉRIAS. NÃO-COMPROVAÇÃO DE FRUIÇÃO/PAGAMENTO. A concessão de férias ao trabalhador é medida de segurança e medicina no trabalho. A cada doze meses de trabalho (período aquisitivo), o empregado faz jus a trinta dias de férias, que devem ser usufruídas nos doze meses seguintes (período concessivo), devendo a remuneração ser acrescida de um terço. De tão importante, a fruição de férias anuais encontra previsão não só na legislação trabalhista, como também na própria Carta Política de 1988 (CLT, arts. 129 e 134; C/1988, art. 7.º, inciso XVII). Por serem normas cogentes (jus cogens), não podem as partes derogá-las, ainda que com a infringência concorde o trabalhador. Trata-se de imperativo legal, e, como tal, de ordem pública, razão pela qual não pode o empregador escusar-se de seu cumprimento, alegando desconhecimento da lei. As férias anuais, cuja marcação fica a critério do empregador, desde que dentro do período concessivo, sob pena de pagamento em dobro, devem ser precedidas de aviso e pagamento respectivo (CLT, arts. 135/137 e 145). Se o empregador não comprovou ter concedido ao trabalhador aviso de férias, não provou tê-las pago, não comprovou a fruição de

trinta dias (tampouco cogitou do motivo pelo qual seriam reduzidas), não lhe é dado aproveitar-se de alguns dias esparsos em que o recorrido não trabalhou para alegar que corresponderam a dias de férias devidas. 6. Recurso ordinário patronal parcialmente conhecido e provido em parte; recurso adesivo obreiro conhecido e desprovido;

2ª).A possibilidade de rastreamento e monitoramento do correio eletrônico do empregado no ambiente de trabalho por parte do empregador e aplicação de penalidades tendo tais *e-mails* como prova, e que tem como características básicas:a)a legalidade da quebra de sigilo de *e-mail* corporativo, estando o empregador no uso legítimo de seu poder diretivo, configurada tal legitimidade pela existência de regras prévias de utilização do *e-mail* corporativo, pela existência da ciência prévia dada pelo empregador a seus empregados de tais regras e pela necessidade de o empregador regular os bens da empresa;b).A caracterização, pelo rastreamento de *e-mails*, de insubordinação e indisciplina por parte do empregado, conforme podemos notar pelo exame das seguintes decisões:

.Jurisprudência 03 – TST (obs1.:Acórdão de inteiro teor anexado ao final desta obra ; obs.2. :grifou-se e destacou-se)

NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 1130/2004-047-02-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 30/11/2007, em www.tst.gov.br/jurisprudencia

RELATOR: MINISTRO VANTUIL ABDALA

EMBARGANTE: ROBERTO BICINERI PEREIRA

EMBARGADO: NESTLÉ BRASIL LTDA.

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

VMF/sas/

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL JUSTA CAUSA.

O julgado a quo registrou que não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador, previamente, avisa a seus empregados acerca

das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

Agravo de instrumento desprovido .

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1130/2004-047-02-40.9, em que é Agravante ROBERTO BICINERI PEREIRA e Agravada NESTLÉ BRASIL LTDA.

Agravo de instrumento interposto contra decisão singular, fls. 98-99, pela qual se denegou seguimento ao recurso de revista, com fundamento na Súmula nº 126 do TST.

O agravante sustenta ter preenchido os pressupostos estabelecidos no art. 896 da CLT. Apresentadas contraminuta às fls. 101-113 e contra-razões às fls. 114-132.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho, a teor do art. 82, § 2º, do RITST.

É o relatório.

.Jurisprudência 04 – TRT da 15ª Região (obs1.: Acórdão de inteiro teor anexado final desta obra ; obs.2. :grifou-se e destacou-se)

PROCESSO Nº 00328-2002-061-15-00-4 RO (327-2003) (A/C 5ª CÂMARA)

RELATOR: JUIZ ELENCY PEREIRA NEVES

RECORRENTE: SINDICATO RURAL DA ALTA NOROESTE SIRAN

RECORRIDO: EIRCO ALESSANDRO KAMIMURA

ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE ARAÇATUBA

EMENTA: JUSTA CAUSA - INSUBORDINAÇÃO E INDISCIPLINA - UTILIZAÇÃO DE CORREIO ELETRÔNICO - MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - RESTRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - A manifestação de opinião pelo empregado através de correio eletrônico, conquanto possa colidir com as finalidades e interesses da instituição para a qual presta serviços, de forma alguma caracteriza insubordinação ou indisciplina, figuras essas autorizadas da rescisão contratual motivada, tampouco macula o bom nome da empresa. Exerce o autor, efetivamente e nos limites da moralidade pública, o seu direito constitucional de

manifestação do pensamento, o qual constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, que encontra sua base na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos.

.Jurisprudência 05 – TRT da 10ª Região (obs1.:Acórdão de inteiro teor anexado ao final desta obra ; obs.2. :grifou-se e destacou-se)

Processo: 00708-2007-014-10-00-3 ROPS (Ac. 1ª Turma)

Origem: 14ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Juiz(a) Relator: RICARDO ALENCAR MACHADO

Recorrente: Eliane do Rosário Dias

Recorrido: Tellus S.A. Informática e Telecomunicações

Julgado em: 28/11/2007

Publicado em: 07/12/2007, em www.trt10.jus.br/jurisprudencia

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) RICARDO ALENCAR MACHADO

EMENTA:

JUSTA CAUSA. Demonstrado por mensagens do sistema de email corporativo que a reclamante, atendente telefônica, de forma reiterada, descumpria ordens gerais da empresa (indisciplina) e trabalhava com extrema desídia, realizando a chamada operação 'tartaruga', desligando unilateralmente o telefone e desrespeitando os clientes da empresa tomadora, impõe-se ratificar a justa causa aplicada. Outrossim, disponibilizado o sistema como instrumento de trabalho pela empresa, é legítima a utilização das mensagens como prova, não restando violado o art. 5º, X, XII e LVI, da CF. Precedentes.

3º).A aceitação de mensagens de correio eletrônico para a caracterização de relação de emprego, vale dizer, pela presença de seus elementos caracterizadores (subordinação, pessoalidade, contraprestação mediante salário, não – eventualidade), conforme podemos notar da decisão:

JURISPRUDÊNCIA 06 – TST (obs1.:Acórdão de inteiro teor anexado ao final desta obra ;
obs.2. :grifou-se e destacou-se)

NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 549/2006-023-03-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 23/11/2007, em www.tst.gov.br/jurisprudencia

RELATOR: MINISTRO JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES

AGRAVANTE(S): BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S.A

AGRAVADO(S): LUCIANA MENDES LUCENA DE CARVALHO

ACÓRDÃO

2ª Turma

JSF/CP/sm/mpa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O Tribunal Regional, baseado no exame da prova, concluiu pela configuração do vínculo empregatício com o Reclamado. Assim, a análise dos elementos caracterizadores da relação de emprego (art. 3º da CLT) depende de nova avaliação do conjunto fático-probatório sobre o qual se assenta o acórdão recorrido, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Agravo de Instrumento não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-549/2006-023-03-40.0, em que é Agravante BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A e Agravada LUCIANA MENDES LUCENA DE CARVALHO.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra despacho mediante o qual se denegou seguimento ao processamento do Recurso de Revista.

Procura-se demonstrar a satisfação dos pressupostos para o processamento do Recurso obstado.

Contraminuta e contra-razões foram apresentadas.

Os autos não foram enviados ao douto Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 82, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

Observe-se que a jurisprudência vem estabelecendo que o fato de o empregado estar ligado à empresa por meio de computador não se presta para a caracterização de tempo a disposição do empregador⁵⁶. Embora a jurisprudência nada fale especificamente a respeito dos *e-mails* poder-se-ia, a nosso ver, utilizar tal entendimento analogicamente a eles.

4.2. Crítica ao sistema jurídico jurisprudencial de admissibilidade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova

A principal crítica que se pode fazer, a nosso ver, quanto à admissibilidade, por parte de nossas cortes trabalhistas, do uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova restringe-se ao uso, no processo do trabalho, daquelas advindas do monitoramento das mensagens de correio eletrônico corporativo dos empregados pelos empregadores. Nossos tribunais silenciam no que refere ao comando constitucional que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas, presente no artigo 5º, inciso XII, da CFRB/88, *in verbis*:

“Art.5º (*omissis*)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Como vimos, a Constituição Federal somente permite a quebra do sigilo da correspondência, aí entendida, a nosso ver, as de todos os tipos, inclusive a correspondência eletrônica, e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas no forma que a lei estabelecer, por ordem judicial, e apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A lei 9.296/1996, de 24.07.1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, logo em seu artigo 1º, parágrafo único, amplia a aplicação da

⁵⁶ RR/TST 163.293/95.0

interceptação ao fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal.

Poder-se-ia levantar a seguinte hipótese para justificar a autorização dada pelos nossos cortes do trabalho ao empregador para monitorar as mensagens de correio eletrônico corporativo de seus empregados: a utilização da aplicação analógica, na instrução processual do trabalho, do prescrito na lei 9.296/1996. Ensina Maria Helena Diniz:

Para integrar a lacuna o juiz recorre, preliminarmente, à *analogia*, que consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado.

É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve dois procedimentos: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes, e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista a decisão jurídica procurada. Encontra-se, portanto, modernamente, na analogia uma averiguação valorativa, já que ela tem por escopo ampliar, com base na semelhança, a estrutura de uma situação, incorporando-lhe uma situação nova. (...) ⁵⁷

Tal hipótese foi por nós ventilada porque, em nossa pesquisa de dezenas de decisões de várias de nossas cortes trabalhistas que autorizam os empregadores a monitorarem as mensagens de correio eletrônico corporativo de seus empregados, não achamos qualquer decisão que contemplasse a proibição da inviolabilidade das comunicações prevista no inciso XII do artigo 5º da CF/88.

Destaque-se que mesmo que tal hipótese encontrasse abrigo na realidade, ela esbarraria com o mandamento constitucional previsto no artigo 60, inciso 4, IV, da CF/88, que estabelecem os direitos e garantias individuais como *cláusulas pétreas*, que não podem ser abolidos nem mesmo com a promulgação de emenda constitucional. Como demonstramos anteriormente, o direito à privacidade/intimidade é espécie do gênero direitos fundamentais individuais, que são direitos previstos no artigo 5º da CF/88, estando o direito constitucional à privacidade/intimidade previsto no inciso X do artigo 5º da CF/88.

Alexandre de Moraes diz que

a inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X), sendo ambas as previsões de

⁵⁷ Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil, 25.ed., p. 71-72.

defesa de privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, como ressalta Tercio Ferraz “sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos direitos”.⁵⁸

Concluimos que pode haver a possibilidade de as decisões judiciais que autorizam o uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo trabalhistas, advindas do monitoramento, pelos empregadores, do *e-mail* corporativo de seus empregados, estarem eivados de inconstitucionalidade pela não – observância da garantia estabelecida no artigo 5º, XII, da CFRB/88.

4.3 - A efetivação da proteção ao direito à privacidade no contexto da fiscalização das mensagens de correio eletrônico corporativo: As estratégias de atuação do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos e o controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

Sandra Lia Simón, em interessante obra, destaca o papel do Ministério Público do Trabalho (MPT) na efetivação da proteção ao direito de privacidade no contexto do ambiente de trabalho. Destaca a doutrinadora que o MPT:

por tratar-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal), o Ministério Público é instituição que, por excelência tem o poder-dever de salvaguardar e proteger os direitos fundamentais.⁵⁹

Como já visto anteriormente, e convém frisar novamente, o direito à privacidade é uma das espécies do gênero direitos fundamentais.

Continuando, destaca ainda a doutrinadora que a proteção a esses direitos justificam-se por três motivos: 1. porque tais direitos, uma vez integrados ao rol dos direitos

⁵⁸ Direito constitucional, 17.ed., São Paulo:Atlas, 2005, p.59.

⁵⁹Artigo publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol.69, nº 2, jul/dez 2003, Porto Alegre: Síntese, p.33.

constitucionalmente previstos passam a fazer parte, sem dúvida, da ordem jurídica pátria; 2. porque tais direitos funcionam como um dos sustentáculos do regime democrático. 3. porque, em uma sociedade tecnológica e de massas como a nossa, a atuação do *Parquet*, no que tange à efetivação da proteção aos direitos fundamentais tem forte interesse social.

Sérgio Shimura nos esclarece quais os direitos que estão sob proteção do Ministério Público: os **direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos**.

São **direitos ou interesses individuais homogêneos** todos aqueles que têm uma origem em uma circunstância fática comum.

Já os **direitos ou interesses coletivos ou interesses transindividuais** são aqueles que possuem natureza indivisível, e cuja titularidade pertença a determinado grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base.

Sérgio Shimura destaca que um dos traços distintivos do interesse coletivo é a organização pois:

visto que, sem ela, os interesses não podem aglutinar-se de forma coesa e eficaz nos seios de grupo determinado. Essa organização, no entanto, nem sempre está delineada, com nitidez, sob pena de sufocar interesses *potencialmente* coletivos, ainda emergentes, incipientes e espontâneos.⁶⁰

Por último, temos os **direitos ou interesses difusos** assim definidos como aqueles que possuem o mais elevado grau de dispersão e de coletivização dos direitos sob proteção do Ministério Público. **Sérgio Shimura** ensina que tal espécie de direito

sendo difuso, não pode ser quantificado nem dividido entre determinados membros da coletividade, porém, fruível e compartilhável por todos, indistintamente. O que une as pessoas é uma circunstância de fato, não um vínculo jurídico preestabelecido⁶¹.

Destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990), no parágrafo único do artigo 81 define o que sejam direito ou interesse difuso e interesse ou direito coletivo, *in verbis* (destacou-se) :

“**Art.81** (*omissis*)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

⁶⁰Tutela coletiva e sua efetividade, São Paulo: Editora Método, 2006, p.29.

⁶¹*Idem*, p.28

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; (...).”

Para os objetivos desta obra, interessa-nos dar rápidas pinceladas a respeito da atuação do Ministério Público do Trabalho no que se refere à efetivação da proteção da privacidade do empregado quando da possibilidade de fiscalização do correio eletrônico corporativo, vale dizer, no ambiente de trabalho.

4.3.1.Os instrumentos de ação do Ministério Público do Trabalho.

Sandra Lia Simon diz que a atuação do Ministério Público justifica-se pela própria natureza da relação de emprego, posto que a desigualdade entre as partes (empregados e empregadores) é notória⁶².

Ensina a doutrinadora que são dois os instrumentos básicos de que dispõe o *Parquet* trabalhista para a garantia da efetivação da proteção do direito à privacidade dos empregados: a).O **inquérito civil**, por meio do qual o Ministério Público do Trabalho apura a existência de lesão, que segundo **Hugo Nigro Mazzilli** é uma

intervenção administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje propositura de ação civil pública⁶³.

Do inquérito administrativo advém outro importante instrumento de atuação do Ministério Público do Trabalho, caso se verifique que de fato ocorreu a lesão: O **Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)**, previsto no parágrafo 6º do artigo 5º da lei 7.347/85. O TAC objetiva o enquadramento do causador da lesão à lei, resolvendo-se a questão no âmbito do próprio Ministério Público, sem que haja a necessidade de ser acionado o Poder Judiciário;

⁶² Obra citada, p.33

⁶³ *apud* Sandra Lia Simon, obra citada, p.33

b). **A ação civil pública**, que se presta à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. É prevista na lei 7.347/85 e foi alçada a norma constitucional pela Constituição da República de 1988.

Sandra Lia Simon diz que, apesar de os direitos da personalidade serem direitos individuais e, à princípio, poder parecer que sua proteção por meio de ação civil pública não ser possível, a evolução dos direitos humanos fundamentais atingiram novas dimensões, materializando-se freqüentemente em direitos de segunda e terceira geração, como o são os direitos coletivos e os difusos, respectivamente. Dessa forma, é a ação civil pública que é o instrumento de que se socorre o Ministério Público do Trabalho para a tutela jurisdicional do direito à intimidade dos empregados⁶⁴.

O surgimento das mensagens de correio eletrônico, e sua incorporação ao mundo do trabalho podem vir a ser mais um campo de atuação do *Parquet* Trabalhista no desempenho de suas funções assecutorias desses direitos dos trabalhadores. A jurisprudência dos tribunais, como já demonstrado aqui anteriormente, já traçou limites claros ao direito do empregador de penetrar nas mensagens eletrônicas de seus empregados. Sempre que o empregador, extrapolando e abusando do direito de usar seu legítimo poder diretivo, infringir dano ao direito à privacidade/intimidade do empregado, poderá e deverá o MPT atuar para assegurar o respeito a tais direitos do empregado, agindo para sua plena efetivação.

4.3.2. A atuação dos sindicatos.

No que tange à atuação dos sindicatos quanto à defesa dos direitos dos trabalhadores, estes estão amparados pela Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 8º, inciso III:

“Art.8º.....

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.”

Nos termos da lei 7.347/85, os sindicatos estão legitimados para propor **ações civis públicas**, conforme disposto no artigo 5º da Lei das Ações Cíveis Públicas.

Vemos aqui a autorização constitucional dada aos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria profissional que representa.

Como assevera **Alice Monteiro de Barros** :

⁶⁴ *Idem*, p.33.

O sindicato tem a prerrogativa de representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da profissão liberal ou da categoria, ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida (art. 513, “a”, da CLT)⁶⁵.

No que se refere especificamente à efetiva atuação dos sindicatos para garantir a proteção do direito de privacidade/intimidade dos empregados que representa podemos citar o exemplo dado por **Regina Linden Ruaro**, ao citar o processo trabalhista **00782-2002-023-04-00-9**, ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados no RS, em face de Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO, distribuído à 23ª Vara do Trabalho da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Sul, e que tinha como objetivo buscar a declaração de nulidade, no que tange a norma regulamentar que se refere ao monitoramento e auditoria de estações de trabalho e das mensagens e arquivos eletrônicos, acesso ao correio eletrônico e à internet, assim como a utilização indevida de tais instrumentos de trabalho⁶⁶.

Como destaca **Regina Linden Ruaro**:

Não vingou a tese sustentada pelo sindicato baseada no ferimento ao direito de intimidade por parte do empregador na medida em que monitorar e fiscalizar as ferramentas eletrônicas violavam o direito fundamental à intimidade dos empregados.

Na decisão do Tribunal, ficou patente que a norma fixada pelo empregador não caracterizava invasão ou intromissão na esfera íntima dos funcionários da empresa, ou abuso de poder por parte do empregador⁶⁷.

Inconformado com o resultado do julgamento em 1ª instância, e após uma série de recursos, o reclamante levou a questão ao TST, onde a causa está desde 19/05/2008 aguardando decisão.

Apesar do revés sofrido até o momento pelo sindicato, no exemplo em tela, podemos notar que os sindicatos podem e devem atuar, quando necessário para garantir o direito à privacidade/intimidade dos empregados contra o abuso de poder dos empregadores quanto da fiscalização e monitoramento das mensagens de correio eletrônico corporativo.

Por último, cabe ressaltar um complemento às ações civis públicas e aos processos movidos pelo MPT e pelos sindicatos que visem garantir o direito à privacidade dos empregados quanto ao monitoramento das mensagens de correio eletrônico e sua utilização como meio de prova, por parte dos empregadores, no processo do trabalho: o questionamento, por meio de recurso extraordinário, da constitucionalidade das sentenças e acórdãos que julgam admissíveis o monitoramento e a posterior utilização dessas mensagens como meio de

⁶⁵Curso., p.1191.

⁶⁶Obra citada, p.249.

⁶⁷*Idem*, p.249.

prova no processo do trabalho, prática essa, como já demonstrada por nós anteriormente como contrária à garantia da inviolabilidade das comunicações prevista no artigo 5º, XII da CRFB/88. Parece-nos fundamental que tanto o MPT quanto os sindicatos mantenham-se alerta e vigilantes sempre que alguma decisão de nossas cortes trabalhistas for contrária à garantia de inviolabilidade em tela. Esses dois atores devem sempre lançar mão, em nossa opinião, do recurso extraordinário visando garantir a intangibilidade de tal direito, em observância ao disposto no artigo 102, III, a, da CFRB/88, *in verbis* (destacou-se):

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(omissis)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

(omissis)

Devemos lembrar que no início do presente trabalho, falamos sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, teoria essa acatada pelo Supremo Tribunal Federal, e que veda a utilização de prova, ainda que lícita, no processo, advinda de prova originariamente ilícita. Estabelecemos no curso da presente obra um debate sobre a admissibilidade ou não das mensagens de correio eletrônico como meio de prova, para onde remetemos o leitor (Capítulo Dois), sendo que ficou claramente demonstrado que é perfeitamente admissível a utilização de tais mensagens como meio de prova no processo, desde que estas sejam obtidas em consonância com a lei.

Podemos afirmar que, em sendo declarado inconstitucional o monitoramento das mensagens de correio eletrônico corporativo dos empregados, por parte do empregador, a utilização dessas mensagens como meio de prova no processo do trabalho será irremediavelmente nula, por estar absolutamente contaminada de ilicitude.

Alexandre de Moraes, em famosa obra, ensina que há dois tipos básicos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos: o controle preventivo e o controle repressivo de constitucionalidade. No que se refere ao controle preventivo de constitucionalidade, ensina o célebre constitucionalista:

Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam *evitar* o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.⁶⁸

O que nos interessa é o outro tipo de controle de constitucionalidade, qual seja, o controle repressivo. Este tipo de controle subdivide-se em controle repressivo exercido pelo Poder Legislativo, nos termos dos artigos 49, V e 62, da CFRB/88⁶⁹, e controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário, sendo que este último ramifica-se em **controle difuso** e **controle concentrado**.

Sobre o **controle difuso** ou **aberto**:

também conhecido como controle por via de exceção ou defesa é aquele em que é dado a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal⁷⁰

Destaque-se que, ainda em sede de **controle difuso**, poderá o Supremo Tribunal Federal, após ter decidido sobre o caso concreto, declarar incidentalmente, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do Poder Público.⁷¹ **Alexandre de Moraes** nos revela que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por **controle difuso** são os seguintes⁷²:

1. Efeitos apenas entre as partes do processo (*inter partes*) e retroativo (*ex tunc*) que é seu efeito primeiro, e;
2. Efeitos para os demais (*erga omnes*) porém sem ser retroativo (*ex nunc*) dependendo aí da ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 52, X, da CFRB/88, devendo o Senado Federal, após ser comunicado pelo Supremo da declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, editar resolução suspendendo-os no todo ou em parte.

Conclui-se, portanto, que as decisões do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho que julgam constitucionais o monitoramento das mensagens de correio eletrônico dos empregados por parte do empregador são feitos em sede de **controle difuso de constitucionalidade**.

O outro tipo de controle repressivo é o **controle concentrado**, que é um controle por meio do qual

procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto,

⁶⁸ Obra citada, p. 632.

⁶⁹ Alexandre de Moraes, obra citada, p. 633/634.

⁷⁰ Alexandre de Moraes, obra citada, p. 635.

⁷¹ *Idem*, obra citada, p. 639.

⁷² *Ibidem*, obra citada, p. 641.

visando à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.⁷³

Ressalta ainda **Alexandre de Moraes** que :

atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito⁷⁴

Entendemos que os acórdãos emanados pelas nossas cortes trabalhistas no que tange à declaração de constitucionalidade do monitoramento das mensagens de correio eletrônico dos empregados, e seu uso como meio de prova posteriormente no processo do trabalho, se enquadram no conceito de ato estatal de efeito concreto, e portanto, não estariam sujeitos ao controle concentrado de constitucionalidade.

Ressalte-se que **Alexandre de Moraes** ensina que a ação civil pública é instrumento válido para exercer o controle difuso da constitucionalidade de lei ou ato normativo, porém, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, tal instrumento não se presta, por haver a previsão constitucional de instrumento próprio para provocar o Supremo Tribunal Federal a analisar a constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, qual seja, a **ação direta de inconstitucionalidade**⁷⁵

Concluímos, ante o exposto, que a via mais adequada para que o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos ataquem as decisões de nossas cortes trabalhistas que validam o monitoramento das mensagens de correio eletrônico corporativo dos empregados por parte do empregador, e o posterior uso de tais mensagens como meio de prova no processo do trabalho é o recurso extraordinário, com base em duas alegações:

1ª).A violação do direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII da CFRB/88, e;

2ª).O uso de provas lícitas obtidas de modo ilícito, qual seja, com a violação do direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações, tendo por base a teoria do fruto da árvore envenenada.

⁷³ Alexandre de Moraes, obra citada, p.655

⁷⁴ *Idem*, p.658.

⁷⁵ *Ibidem*, p.642

5. CONCLUSÃO

Discutimos a questão da garantia constitucional ao direito à privacidade.

Estabelecemos, de maneira concisa a evolução histórica de tal direito, e como ele está estruturado na Constituição Federal de 1988.

Demonstramos que privacidade e intimidade são vocábulos correlatos, sendo que a doutrina brasileira os considera sinônimos.

Demonstramos também que o direito à privacidade/intimidade é espécie do gênero direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana é a fundamentação que embasa tais direitos. Expusemos a opinião de **Ingo Wolfgang Sarlet** acerca do tema da constitucionalização dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

Estabelecemos a discussão em si sobre a validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova. Iniciamos a discussão estabelecendo conceitualmente o que são fontes de prova, meios de prova (lícitos e ilícitos), prova típica e atípica.

Vimos que o Código de Processo Civil (CPC) pode ser usado como fonte subsidiária à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e observamos que o estatuto processual civil não veda a utilização de outros meios de prova, desde que esses meios obedeçam os pré-requisitos existentes em seu artigo 332. Relacionamos e discutimos cada um desses pré-requisitos.

Vimos que a prova lícita advinda de uma prova originariamente ilícita fica contaminada por essa ilicitude originária, e não pode ser considerada como meio de prova no processo, inclusive o trabalhista, por ser prova ilícita (obtida em desconformidade com a lei), por derivação. Definimos a função da prova no processo.

Estabelecemos uma discussão sobre a classificação das mensagens de correio eletrônico serem ou não meios de prova típico, de natureza documental, ou meio de prova atípico, totalmente novo. Identificamos a existência de duas correntes doutrinárias: uma que defende a classificação das mensagens como meio de prova típica e outra, que defende a classificação das mensagens de correio eletrônico como meio de prova atípico. Buscamos demonstrar as posições doutrinárias de cada uma das duas correntes, e chegamos à conclusão de que as mensagens de correio eletrônico deveriam ser enquadradas como meio de prova atípico devido às suas peculiaridades. Examinamos tais peculiaridades, estudando a questão dos pressupostos de validade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova, a saber, sua originalidade e sua autenticidade, sendo que esta última se desdobra em dois requisitos que são a garantia de autoria da mensagem, e a garantia de correta datação de realização da mensagem. Vimos que a assinatura eletrônica pode resolver a questão da garantia de autoria, e a perícia técnica pode dirimir dúvidas quanto à possível dúvida de correta data de realização da mensagem. Quanto ao outro pressuposto de validade (originalidade), vimos que este pressuposto, fundamental aos documentos escritos, tanto quanto o pressuposto da autenticidade, foi mitigado pela dificuldade, apontada pela doutrina, de se estabelecer a originalidade de um documento eletrônico (mensagens e arquivos eletrônicos).

Examinamos as limitações ao uso a mensagens de correio eletrônico como meio de prova, e examinamos em quais situações está autorizado o empregador ter acesso ao conteúdo dessas mensagens. Identificamos um conflito de direitos no que tange a essa utilização: de um lado o direito à privacidade do empregado, e de outro lado o direito ao poder diretivo do empregador. Retomamos aqui a discussão sobre direitos fundamentais iniciada no capítulo Um. Propusemos a seguinte questão: Seria o direito à privacidade um direito fundamental absoluto? Vimos que a doutrina reconhece que todos os direitos fundamentais (e o seu fundamento, a dignidade da pessoa humana) podem ser relativizados quando for necessário harmonizá-los com outros direitos ou princípios constitucionalmente previstos. Concluimos que se até mesmo a dignidade da pessoa humana, que é, frise-se, o fundamento que embasa a existência dos direitos fundamentais, pode ser relativizado, o mesmo pode se dar com o direito à privacidade/intimidade.

Quanto ao outro lado da questão das limitações ao uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova, que é a limitação da hipóteses em que o empregador pode ter acesso ao *e-mail* funcional dos empregados no exercício de seu poder diretivo, vimos que a doutrina aponta dois limites claros a esse poder do empregador: um externo, dado pela Constituição, por outras leis, pelo contrato de trabalho e pelas normas coletivas, e outro interno que é dado pelo exercício de tal poder com boa-fé e de forma regular pelo próprio empregador, além de outras fontes internas de direito do próprio empregador, em especial o regulamento interno da empresa. Concluimos que os limites que impedem o abuso de direito do poder diretivo do empregador quanto ao direito de fiscalização das mensagens de correio eletrônico de seus empregados servem, ao mesmo tempo, como marcos protetores ao direito à privacidade destes. Destacamos que a doutrina que vem se ocupando em traçar limites à utilização das mensagens de correio eletrônico como meio de prova é unânime em destacar a necessidade de harmonização entre o direito à privacidade dos empregados e o direito ao legítimo exercício regular do poder diretivo do empregador.

Concluimos que o ponto central do problema da limitação ao uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho é a maneira como estas foram obtidas, pois deixamos demonstrado que é necessário que haja a harmonização entre o direito à privacidade do empregado e o direito ao legítimo regular poder diretivo do empregador. Vimos que a moderna doutrina que trata do tema abordado nessa obra aponta tal necessidade de harmonização.

Estudamos como, à falta de uma norma expressa que trate da regulamentação do uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo em geral, inclusive o

trabalhista, em que pese estar tramitando no Congresso Nacional o projeto de lei 6693/2006, que objetiva a inclusão o e-mail como meio de prova documental, estabelecendo a presunção de legitimidade do mesmo, mas cuja tramitação até o fechamento desta obra não havia sequer terminado na Câmara dos Deputados, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho vêm construindo o sistema jurídico que regula o uso das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho. Examinamos, a título exemplificativo, 07 decisões emanadas do TST e dos TRTs da 10ª e da 15ª regiões para buscar compreender como essas cortes estão construindo o sistema jurídico que regula o uso de e-mails no processo do trabalho. Das decisões examinadas, identificamos 03 (três hipóteses) de admissibilidade das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo trabalhista: 1ª) A validação e aceitação, dos e-mails como meio de prova, desde que tais e-mails preencham as condições de admissibilidade dos meios de prova em geral, e que estão previstas no artigo 332 do Código de Processo Civil; 2ª) a possibilidade de rastreamento e monitoramento do correio eletrônico do empregado no ambiente de trabalho por parte do empregador e a aplicação de penalidades tendo tais e-mails como prova, e que tem como características básicas: a). a legalidade da quebra de sigilo de *e-mail* corporativo, estando o empregador no uso legítimo de seu poder diretivo, configurada tal legitimidade pela existência de regras prévias de utilização desse tipo de *e-mail*, pela existência da ciência prévia dada pelo empregador a seus empregados de tais regras e pela necessidade de o empregador regular os bens da empresa; b). A aceitação da caracterização, pelo rastreamento de *e-mails* corporativos pelo empregador, de insubordinação e indisciplina por parte do empregado; 3ª). A aceitação de mensagens de correio eletrônico para a caracterização de relação de emprego, ou seja, para a caracterização dos elementos caracterizadores de trabalho subordinado (subordinação, pessoalidade, contraprestação mediante salário, não-eventualidade). Criticamos esse sistema jurídico jurisprudencial de admissibilidade da utilização das mensagens de correio eletrônico como meio de prova no processo do trabalho no que tange ao fato de o monitoramento de tais mensagens por parte do empregador ferir o direito à inviolabilidade das comunicações presente no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Apontamos o silêncio da jurisprudência quanto ao exame da constitucionalidade desse monitoramento exercido pelo empregador. Apontamos o fato de lei específica que regula o monitoramento de comunicações telefônicas, única espécie de monitoramento admitida pela CRFB/88, ter ampliado as hipóteses de monitoramento de comunicações abrangendo também a comunicação de dados. Levantamos a hipótese de nossas cortes trabalhistas estarem fazendo uma aplicação analógica, no processo do trabalho, das normas

que regulam as comunicações de dados e que aplicáveis à instrução processual penal. Demonstramos que, ainda que a hipótese por nós sugerida tivesse respaldo na realidade, ela estaria contrária às cláusulas pétreas da Constituição Federal que protegem os direitos individuais e coletivos, dos quais a privacidade é espécie.

Observamos ainda que a jurisprudência vem estabelecendo que o fato de o empregado estar ligado à empresa por meio de terminal de computador e outros meios de comunicação (bip, telefone, celular) não se presta à caracterização de tempo a disposição do empregador. Entendemos que tal decisão pode ser aplicada analogicamente aos *e-mails*.

Discutimos de que maneira pode ser efetivada a proteção ao direito à privacidade dos empregados quanto ao uso das mensagens de correio eletrônico corporativo.

Vimos como procedem os dois principais atores que garantem a proteção ao direito à privacidade/intimidade dos empregados no ambiente de trabalho, o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos de trabalhadores, sendo a efetivação da proteção do direito à privacidade/intimidade do empregado contra o abuso do poder fiscalizador do empregador, no que pertine ao uso do *e-mail* corporativo pelos empregados, é uma das faces desse trabalho de efetivação de proteção, e é a que nos interessou nesta obra. Elencamos e analisamos os instrumentos práticos que se acham à disposição do *Parquet* trabalhista para a promoção, efetivação e defesa do direito à privacidade/intimidade dos empregados. Analisamos a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de tal direito dos trabalhadores.

Vimos que os sindicatos também estão legalmente legitimados para promover a defesa do direito à privacidade/intimidade dos trabalhadores e analisamos um caso prático onde tal atuação ocorreu de forma real.

Apontamos um caminho complementar às ações civis públicas e aos processos nos quais o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos visam garantir a efetiva proteção ao direito à privacidade/intimidade dos empregados: o questionamento, via recurso extraordinário, da constitucionalidade do monitoramento, por parte do empregador, das mensagens de correio eletrônico dos empregados, e a utilização de tais mensagens como meio de prova no processo do trabalho, com base na garantia de inviolabilidade das comunicações, inserida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e na teoria dos frutos da árvore envenenada, respectivamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

.ÁQUILA, Robson; TELLES, Reynaldo, **Informática para concursos**, Rio de Janeiro: Editora Degrau Cultural, 2007;

.BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2006;

._____, **Proteção à intimidade do empregado**, São Paulo: LTr, 1997;

.BUCHILI, Beatriz da Conciliação Mateus, **prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**, coord. Danilo Knijnik ; Arthur Thompson Carpes... (et al) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

.BELUCCI, Renato Luís, **A tecnologia aplicada ao processo judicial**, Campinas: Millenium Editora, 2006;

.CARRION, Valentim, **Comentários à consolidação das leis do trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2007;

.Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, D.O.U de 9.5.1943);

.Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, D.O.U de 17 de janeiro de 1973);

.Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, D.O.U de 11 de janeiro de 2002);

.CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil. vol. IV: arts. 332 a 475**. Rio de Janeiro, Forense, 2003;

.DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Volume 1: teoria geral do direito civil**. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

.DONIZETTI, Elpídio.**Curso didático de direito processual civil**.Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008;

.DINAMARCO, Cândido Rangel.**Instituições de direito processual civil**. São Paulo:Editora Malheiros, 2004;

.GRINOVER, Ada Pellegrini, **O processo em evolução**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998;

.LEITE, Carlos Henrique Bezerra.**Curso de direito processual do trabalho**. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2007;

.LEWICKI, Bruno.**A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**.Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

.LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3.ed., São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2007

.MELO, Bruno Herrlein Correia de.**Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho**.Campinas: Servanda Editora, 2007;

.MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17.ed., São Paulo: Atlas, 2005;

.OLIVEIRA, Francisco Antonio de.**O processo na justiça do trabalho: doutrina, enunciados e súmulas**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;

.Página do Superior Tribunal de Justiça, disponível em www.tst.gov.br, acesso em : 06/03/2008;

.Página do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, disponível em www.trt10.gov.br, acesso em : 06/03/2008;

.Página do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, disponível em www.trt15.gov.br, acesso em : 06/03/2008;

.Regimento interno da Câmara dos Deputados, disponível em www.camara.gov.br, acesso em : 01/05/2008;

. RUARO, Regina Linden. Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações. /org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I.Michelman...(et al) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

.SIMÓN, Sandra Lia. Artigo publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol.69, nº 2, jul/dez 2003, Porto Alegre: Síntese;

.SARLET, Ingo Wolfgang.Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed., revista e atualizada.Porto Alegre:Livraria do Advogado,2002;

.Síntese da economia brasileira.Confederação Nacional do Comércio, 2004;

SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Editora Método, 2006;

.TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.Processo penal, 28ª ed., rev. e atual., São Paulo:Saraiva, 2006;

.THEODORO JÚNIOR, HumbertoCurso de direito processual civil.Rio de Janeiro: Forense, 2005;

.VASCONCELOS, Leandro Caldeiras; INUZUKA, Marcelo Akira. Fundamentos de redes: passo a passo, Goiânia: Editora Terra, 2003;

.VENOSA, Sílvio de Tarso. Direito civil:parte geral. vol.1, 6ª ed.,2ª reimpressão, São Paulo:Atlas, 2006;

Glossário

Fontes:

- 1) VASCONCELOS, Leandro Caldeiras; INUZUKA, Marcelo Akira. Fundamentos de redes: passo a passo, Goiânia: Editora Terra, 2003;
- 2) ÁQUILA, Robson; TELLES, Reynaldo, Informática para concursos, Rio de Janeiro: Editora Degrau Cultural, 2007;
- 3) LOPES, João Batista, A prova no direito processual civil, 3.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

. Bits

É uma sigla formada da expressão inglesa *binary digit* (dígito binário). É a menor dentre as unidades de informação. Um agrupamento de 8 bits forma um byte.

. Computadores

São os equipamentos que se destinam à execução das tarefas de processamento, arquivamento e recuperação automáticas de informação. São divididos em duas partes: a). *hardware*, que é o equipamento em si, ou seja, é toda a parte física do computador, seus componentes internos e externos; b). *software*, que é a parte lógica do computador e é constituída por programas, linguagens e sistemas operacionais, vale dizer, por instruções e comandos que são entendidos e executados pelo *hardware*.

. Correio eletrônico (e-mail)

Poderosa ferramenta utilizada pelos usuários da Internet, e presta-se à comunicação à distância.

.Criptografia

Método de garantia de autenticidade das mensagens e arquivos eletrônicos que asseguram ao emissor e ao receptor de tais mensagens que o seu conteúdo não será acessado por estranhos. Consiste em um processo de “embaralhamento” (cifragem) das informações presentes em tais mensagens e arquivos eletrônicos, de modo que estes fiquem ininteligíveis para quem os interceptar indevidamente. Ao receber a mensagem, o receptor promove, por meio de um programa próprio, o “desembaralhamento” (decifragem) da mensagem ou arquivo eletrônico criptografado. A criptografia assimétrica é um tipo de criptografia que é utilizado para a assinatura de documentos eletrônicos. Isto é feito cifrando a mensagem com uma chave privada. Após, com o uso de uma chave pública, é possível conferir a autenticidade da assinatura digital.

.Informática

É o ramo da ciência que estuda a automação do processamento, arquivamento e recuperação de informações.

.Internet

A internet, também conhecida como rede mundial de computadores, é um conjunto de computadores interligados em nível global, e que se presta ao compartilhamento de vários e poderosos recursos tais como correio eletrônico, páginas *web*, etc...Constitui-se em uma poderosíssima ferramenta de troca de informações.

.Intranets

Redes que utilizam as mesmas tecnologias da Internet, porém há, contrariamente ao que ocorre na rede mundial de computadores, limitação quanto ao número de usuários que podem acessar os recursos e informações disponibilizados pelas Intranets. São geralmente

utilizadas por empresas e instituições, tanto públicas quanto privadas, constituindo-se uma verdadeira “internet particular”.Contam com praticamente os mesmos recursos da Internet.Também constituem-se em poderosas ferramentas de troca de informações, mas com alcance limitado.

.Meio de armazenamento magnético removível:

São aqueles meios que utilizamos para a gravação de nossos dados e que cuja característica principal é a portabilidade (capacidade de serem transportados e garantirem o acesso de dados neles gravados em qualquer computador com os programas em que foram criados).São exemplos de meios de armazenamento magnético removível:CD’s, DVD’S, pen-drives, disquetes, etc...

.Redes de computadores

São computadores que se comunicam, compartilhando recursos, tais como:arquivos, impressoras, unidades de CD-ROM, etc...

.Segurança de redes

Há várias ameaças quanto à segurança de dados na internet.Vírus de computador, *worms*, *trojans*, são alguns dos perigos que rondam os usuários da Internet.Para evitar tais perigos, há vários elementos de segurança de rede para a Internet, tais como o uso de *firewalls* (programa que forma uma “barreira” de proteção, controlando o tráfego de dados entre o computador do usuário da Internet e a Internet, ou entre a rede onde o computador do usuário está instalado e a Internet.

.Scanner

É um equipamento de entrada de dados (*hardware* ou periférico) que servem para converter fotos, imagens e documentos para o formato digital e que podem ser armazenadas dentro do computador.

ANEXOS DE JURISPRUDÊNCIA

(ANEXOS A1, A2, A3, A4, A5, A6)

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA A1 – TRT da 10ª (grifou-se e destacou-se)

Processo: 00543-2007-017-10-00-9 RO (Ac. 1ª Turma)

Origem: 17ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Juiz(a) Relator: MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES

Recorrentes: BancorBrás Corretora de Seguros Ltda; Anália Maria Lopes

Julgado em: 05/12/2007

Publicado em: 25/01/2008, em www.trt10.jus.br/jurisprudencia

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES

EMENTA

MENSAGENS ELETRÔNICAS. MEIO DE PROVA. ADMISSÃO EM JUÍZO. A teor

do artigo 332 do CPC, "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos" são admitidos em juízo para comprovar a verdade dos fatos. Dessa forma, ainda, que se cogite da insegurança da comunicação levada a efeito por intermédio de mensagens eletrônicas ou e-mails, incumbe à parte que impugnou tal meio de prova a comprovação de a emissão, o destinatário ou o conteúdo não são autênticos, requerendo a realização de exame pericial, a teor do parágrafo único do art. 383 do CPC. Quedando-se inerte, tem-se por perfeitamente válidas como meio de prova as mensagens eletrônicas colacionadas com a inicial. ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. Apontando o contexto probatório dos autos para a prática de atos de constrangimento à obreira no ambiente de seu contrato de trabalho, consistentes em recorrente submissão pública a desqualificações, gritos, desferimento de palavras de baixo calão e menosprezo ao serviço executado, levadas a efeito por parte do seu superior hierárquico, forçoso é o reconhecimento da lesão ao acervo extrapatrimonial da empregada.

RELATÓRIO

A instância de origem por meio da r. sentença de fls. 290/306 da lavra do Exmo. Juiz Acélio Ricardo Vales Leite declarou prescritas as parcelas anteriores a 28.5.2002 e julgou procedentes em parte os pedidos iniciais. A reclamante opôs embargos declaratórios às fls. 307/308 e a reclamada às fls. 309/312, os quais foram rejeitados às fls. 313/314. A reclamada interpõe recurso ordinário às fls. 316/325, argüindo prefacial de cerceio de defesa. No mérito, insurge-se contra a condenação ao pagamento de férias e indenização por danos morais. A reclamante recorre às fls. 329/351, pretendendo o deferimento de horas extras a partir da oitava hora diária e majoração do quantum fixado a título de danos morais. Custas processuais e depósito recursal comprovados às fls. 326/327. Contra-razões apresentadas pela reclamante às fls. 372/374, onde argúi preliminar de deserção e pela reclamada às fls. 401/409, argüindo prefacial de não-conhecimento dos documentos colacionados com o recurso obreiro. Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 102, Regimento Interno). É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade 1.1. Prefacial de não-conhecimento do recurso da reclamada suscitada em contra-razões Argúi a reclamante a prefacial em epígrafe, sustentando a deserção do recurso interposto pela reclamada, ao argumento de que a guia de depósito recursal não atende ao disposto na IN nº 18 do TST. É certo que, nos termos da IN nº 18 do TST, *verbis*: "Considera-se válida para comprovação do depósito recursal na Justiça do Trabalho a guia respectiva em que conste pelo menos o nome do recorrente e do Recorrido; o número do processo; a designação do juízo por onde tramitou o feito e a explicação do valor depositado, desde que autenticada pelo Banco receptor". Compulsando a guia de depósito recursal de fl. 327, verifica-se que de tal documento constam o nome do recorrente, o número do processo, a Vara de origem, a importância depositada correspondente ao teto legal e a autenticação do banco receptor, o que permite vincular o recolhimento ali efetuado ao presente processo. Cumpre notar que o col. Tribunal Superior do Trabalho, em arestos recentes, tem admitido a regularidade do depósito, ainda que a guia não consigne todos os requisitos dispostos na citada instrução normativa, mas desde que seja possível verificar que o depósito atingiu a sua finalidade. Em assim sendo, restando viável vincular o recolhimento efetuado ao presente processo, não se cogita da deserção do recurso. Prefacial rejeitada. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos da reclamada e da reclamante.

1.2. Preliminar de não-conhecimento dos documentos colacionados com o recurso da reclamante Suscita a reclamada o não-conhecimento dos documentos de fls. 352/369, ao argumento de que não se tratam de documentos novos, a teor do art. 397 do CPC. Quanto às certidões simplificadas expedidas pela Junta Comercial do DF, colacionadas somente com o recurso (fls. 352/360), incide à espécie o art. 397 do CPC, o que prevê, *verbis*: "É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos." Dessa forma, não conheço dos documentos de fls. 352/360, na forma da Súmula nº 8 do TST. Prefacial que se acolhe. Conheço do documento de fls. 361/369, eis que constitui mera reprodução do contrato social da reclamada, que já consta dos autos.

2. Matéria preliminar Nulidade do julgado. Cerceio de defesa Sustenta

a reclamada ter sido cerceada em seu direito de defesa quando do indeferimento da contradita apresentada à testemunha Bruno Rodrigues Farias trazida a juízo pela reclamante. Aduz que a aludida testemunha é suspeita, "em face de desenganação e inimizade capital" (fl. 317) que nutre para com a empresa-reclamada, haja vista o documento de fl. 44. Quando da audiência de instrução e julgamento a reclamada contraditou a aludida testemunha, com base nos fundamentos referidos (fl.285), ocasião em que houve o indeferimento da contradita. Compulsando os autos verifica-se que à fl. 44 consta carta assinada pelo sr. Bruno, ex-empregado da Bancorbrás, dirigida ao Diretor Administrativo da empresa. Do exame daquele documento extrai-se narrativa, evidenciando sentimento de indignação da mencionada testemunha com a sua demissão, ocorrida em 8.4.2005. O inciso III do § 3º do art. 405 do CPC, inserto na seção relativa à prova testemunhal, reza que são suspeitos para depor como testemunhas o inimigo capital da parte, ou seu amigo íntimo. Na espécie, inquirida sobre o conteúdo do documento de fl. 44, a citada testemunha reconheceu ser sua aquela correspondência, esclarecendo, contudo, "que não tem nenhuma ressalva quanto à recda, de sorte que tem isenção para depor." (fl. 286) Ressalte-se que, à míngua de prova em contrário, a circunstância da testemunha, por meio de correspondência, ter relatado o ocorrido perante o empregador quando de sua dispensa, manifestando a sua irrisolução contra o ato, por si só, não a torna inimiga capital da reclamada. Aliás, conforme apreciado pelo Juiz condutor da instrução, o fato ocorreu há mais de dois anos, sendo que a testemunha em tela encontra-se atualmente empregada, não restando caracterizada a ausência de isenção para depor. Em assim sendo, não há que se cogitar de cerceio de defesa. Preliminar rejeitada. 3. Mérito Recurso da reclamante Testemunha. Contradita Pretende a reclamante, no seu arrazoado, a desconsideração, como valor probatório do depoimento das testemunhas patronais Ellen Rosa Nascimento e Elizângela Guimarães Alves Ferreira. Sustenta que o fato das aludidas testemunhas integrarem o grupo dos empregados que "caçoavam" da autora por ocasião dos supostos atos de assédio moral e, ainda, por se tratarem respectivamente de empregada e diretora administrativo-financeira da empresa, resta evidenciado o seu interesse na causa. Importa consignar, inicialmente, que o recorrente nem sequer acena com prefacial de nulidade do julgado e tampouco requer a reabertura da instrução processual. Objetiva, como já dito anteriormente, apenas a desconsideração do depoimento das testemunhas em lume para efeito de análise dos pleitos iniciais indeferidos em sentença originária. O art. 829 da CLT elenca os casos de impedimento e suspeição da testemunha, verbis: "A testemunha

que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação". O art. 405 do CPC prevê que: "Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. Omissis. § 3º São suspeitos: I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; II - o que, por seus costumes, não for digno de fé; III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; IV - o que tiver interesse no litígio. Omissis." Inicialmente, o simples fato de a testemunha trabalhar para o reclamado não configura, por si só, suspeição, restando necessária a prova de que as citadas testemunhas atuavam em substituição ao empregador, o que não se logrou ser demonstrado nos autos. Também não merece prosperar a suspeição invocada, sob o fundamento de que as sras. Ellen e Elizângela faziam parte do grupo de funcionários que zombava da autora, restando caracterizada, assim, a inimizade destas para com a reclamante. Isso porque o simples fato das testemunhas da autora terem declarado que alguns funcionários riam, por ocasião dos supostos atos de assédio moral sofridos pela autora, incluindo-se entre estes as sras. Ellen e Elizângela, não é capaz, por si só, de evidenciar a inimizade capital, a teor do inciso III do art. 405 do CPC. Fica, assim, rejeitada a alegação de interesse no litígio e de inimizade capital das aludidas testemunhas. Diante das considerações acima, não se cogitando das hipóteses previstas nos artigos 829 da CLT e 405, §3º do CPC, plenamente válido o depoimento das mencionadas testemunhas. Nego provimento. 3.1. Recurso da reclamada 3.1.1.Prova documental. Admissão. Mensagens eletrônicas Insurge-se a reclamada contra a admissão em juízo de mensagens eletrônicas como meio de prova. Aduz que os e-mails colacionados pela reclamante carecem de legitimidade como meio probante, na medida em que não gozam de certificação digital, única forma de ser aferida a sua exatidão. Invoca as previsões contidas no art. 225 do Código Civil e MP 2.200-2, de 24.8.2001. A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 5.º, inciso LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;" O Código de Processo Civil, no artigo 332 dispõe que "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa." Assim, conclui-se que inexistente uma tarifação legal acerca dos meios de prova, sendo admissíveis em juízo todos aqueles obtidos de forma legal e moral. Na espécie, a reclamante apresentou, juntamente com a inicial, as mensagens eletrônicas de fls. 27/36, a fim de comprovar a sua presença nas dependências da reclamada durante os seus períodos de férias regulamentares. A

reclamada, em defesa, impugnou os documentos sob a tese de que "tais documentos não guardam qualquer confiabilidade, podendo sofrer toda a sorte de manipulações e montagens" (fl. 220), além do que não contavam com a devida certificação digital. É certo que por meio da Medida Provisória nº 2.200 de 24.8.2001, foi instituída a Infra-estrutura de chaves públicas brasileira - ICP-Brasil, a fim de "garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras" (art. 1º). Não menos certo, ainda, que o parágrafo único do art. 154 do CPC, alterado pela Lei nº 11.280 de 16.2.2006, prevê que "Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil." Dessa forma, para a prática e comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos, constitui exigência legal a certificação digital ou qualquer meio que permita atender o requisito da autenticidade do documento enviado pela rede mundial de computadores. Com efeito, consoante é de conhecimento geral na área de informática, o correio eletrônico ou e-mail constitui um meio de comunicação inseguro, sujeito a toda sorte de fraudes. A única forma de assegurar o seu conteúdo é através da criptografia ou da certificação digital, conforme esclarecido no texto "O e-mail como prova no direito", extraído do site Jus navigandi. Ocorre que, ainda que se trate de mensagem eletrônica via internet, incumbe à parte que impugnou tal meio de prova a comprovação de que sua emissão, seu destinatário ou o seu conteúdo não são autênticos. Dessa forma, no caso concreto, cabia à reclamada comprovar nos autos, ou requerer a realização de exame pericial, a teor do parágrafo único do art. 383 do CPC, a fim de constatar a efetiva existência e autoria das mensagens eletrônicas objeto de impugnação, medida da qual não se valeu. Em assim sendo, tenho por perfeitamente válidas como meio de prova as mensagens eletrônicas colacionadas com a inicial. Recurso desprovido, no particular. 3.1.2. Trabalho nos dias de férias Busca a reclamada a reforma da r. sentença no tocante à condenação ao pagamento de 10 dias de férias não-gozadas por período aquisitivo, durante o período imprescrito. Acena com a má avaliação do conjunto probatório dos autos. Inicialmente, é de se notar que as alegações de suspeição da testemunha Bruno Rodrigues Farias foram devidamente analisadas em tópico específico, desmerecendo nova apreciação acerca da imprestabilidade de seu depoimento, em confronto com a tese de que era

inimigo capital da empresa. Pois bem. Disse a reclamante, à exordial, que durante todo o contrato de trabalho usufruiu, apenas, de dez dias de férias por período aquisitivo, por exigência de seu superior hierárquico. Para comprovar suas assertivas colacionou aos autos mensagens eletrônicas por ela enviadas em período de férias. Postulou, assim, o pagamento de 20 dias de férias por todos os períodos concessivos no lapso imprescrito. Em defesa, a reclamada aduziu, inicialmente, que a reclamante sempre converteu 1/3 de suas férias em pecúnia, valendo-se da faculdade prevista no art. 143 da CLT. Asseverou que a reclamante desfrutou plenamente das suas férias em todo o lapso não atingido pela prescrição, colacionando aos autos os avisos e recibos de férias de fls. 232/245. Impugnou, ainda, os e-mail colacionados pela autora, sob a tese de que não eram legítimos meios de prova. Em depoimento, a reclamante reafirmou a inexistência de gozo integral em todos os períodos de suas férias, declarando "em duas ou três vezes a depoente gozou férias uns 10 dias; sempre recebeu mas não gozava as férias(...) a depoente não recebeu o período correspondente a 20 dias trabalhados nos meses em que estava de férias (...)". (fl. 284) A prova oral produzida pela reclamante ratificou a versão inicial de que a obreira trabalhava no período destinado ao descanso anual, não usufruindo integralmente do seu período de férias. Vejamos. A primeira testemunha ouvida, Bruno Rodrigues Farias, que foi empregado da reclamada no lapso de novembro/2002 a abril/2005 declarou em depoimento que "a recte nunca gozou 30 dias de férias; a última em que a recte gozou férias foi no ano de 2005, a qual gozou 10 dias" (fl. 286). Já a segunda testemunha, Paulo Henrique da Fonseca Figueiredo, que laborou na empresa no período de agosto/2004 a março/2006, sobre o fato, afirmou categoricamente que "(...) a recte não gozava férias; no período em que o depoente trabalhou para a recda a recte não gozou nenhum período de férias(...)" (fl. 287). O preposto da empresa, todavia, em que pese tenha declarado, inicialmente "não saber dizer" se a reclamante trabalhou no período de férias, mais adiante afirmou "a recte não trabalhou no período de férias" (fl. 285). Convém salientar que o depoimento das testemunhas trazidas a juízo pela reclamada no sentido de que a autora usufruiu integralmente de todas as suas férias restou desconstituído pelos documentos de fls. 27/36, os quais comprovam que, no período destinado ao descanso anual, a reclamante encontrava-se laborando nas dependências da reclamada, trocando mensagens eletrônicas com seus colegas de trabalho, solucionando questões da empresa. A alegação recursal de que tais documentos não se prestam como meio de prova, porque carentes de certificação digital, foi afastada em tópico próprio por esta Relatora, desmerecendo novas considerações. Também não

merece prosperar a tese de que de qualquer lugar a reclamante poderia ter enviado as aludidas mensagens eletrônicas. Isso porque, restou evidenciado nos autos, frente à prova oral produzida, que o e-mail de trabalho somente poderia ser acessado da própria empresa. Nesse sentido, o depoimento da testemunha Bruno Rodrigues Farias, ao declarar que "somente o pessoal da área de informática poderia acessar o e-mail da recda sem que estivesse no ambiente de trabalho"(fl. 286). Ressalte-se que as declarações da testemunha patronal, Elizângela Guimarães Alves Ferreira, no sentido de que "os gerentes que solicitassem ao departamento de informática obtinham uma senha que viabilizava o acesso ao e-mail da empresa fora das instalações da recda" (fl. 289), de nada servem para elucidar a matéria, na medida em que a citada testemunha não soube informar se a reclamante possuía a mencionada senha. Dessa forma, escoreita a r. sentença ao deferir o pagamento dos dias de férias não gozadas. Nego provimento.

3.2.Recurso da reclamante Horas extras A instância originária, por entender que a prova oral produzida não foi suficiente a infirmar a prova documental coligida aos autos, julgou improcedentes as horas extras postuladas, considerando a reclamante inserta na exceção prevista no inciso II da CLT. No recurso ora interposto a autora pretende reverter o resultado do julgado, sustentando que o depoimento das testemunhas obreiras é suficiente a comprovar a inexistência de poderes de gestão. Na exordial, a reclamante noticiou que cumpria jornada diária superior a 11 horas de trabalho, chegando antes das 8h30min e saindo após às 20h, com 30 minutos de intervalo, sem a respectiva paga de horas suplementares. Em sede defensiva a reclamada invocou o exercício de cargo de gestão, eis que a autora ocupava a função de gerente executivo, com recebimento de gratificação em valor superior a 40% do salário efetivo. Asseverou que, nessa qualidade, à reclamante foi outorgado mandato, com poderes de representação da empresa junto a seguradoras, exercendo a autora, inclusive, poderes de admissão e demissão de funcionários que integravam a sua equipe de trabalho, concessão de férias, autorização de faltas e pagamentos, entre outros. Colacionou aos autos os documentos de fls. 250/252 e 259/262. Para exclusão do trabalhador do regime legal de controle de jornada, instituiu o legislador pátrio apenas duas exceções: a dos trabalhadores externos que, pela natureza da atividade, são insuscetíveis de terem a sua jornada fiscalizada (art. 62, inciso I da CLT) e a dos gerentes, entendidos estes os exercentes de cargo de gestão, com gratificação igual ou superior a 40% do salário efetivo (art. 62, inciso II da CLT). Relativamente aos gerentes, ficam ainda a estes equiparados, "os chefes de departamento ou filial". Para enquadramento do empregado na excepcionalidade do

inciso II do art. 62 celetário, é fundamental a presença do poder de gestão e o exercício de atividades de grau mais elevado que os demais funcionários dentro de uma estrutura de trabalho, de sorte que o detentor desse cargo passe a maior parte do tempo determinando a execução de tarefas. Releva notar que a atual redação do inciso II do dispositivo em foco não faz referência à expressão "mandato", de onde tem inteligido a doutrina majoritária que despicienda a outorga de mandato pelo empregador para a caracterização de típicos encargos de gestão. No caso trazido a lume, discute-se a inserção da obreira em tais disposições, haja vista o exercício das funções de gerente executivo. Conforme documento de fl. 249, verifica-se que ao ser reclassificada para o cargo de gerente executivo A, a reclamante passou a perceber adicional de dedicação integral em percentual superior a 40% do seu salário efetivo. Em depoimento, a autora confessou que não assinava folha de ponto (ata de fl. 284). Às fls. 250/251 consta documento colacionado pela reclamada e ratificado pela autora, no qual consignam-se as atribuições gerais do cargo de gerente executivo. Compulsando aludido documento verifica-se que inserem-se entre as atribuições/responsabilidades do gerente executivo a supervisão direta dos gerentes de equipe, assessoria direta à presidência da empresa, concessão de férias, autorização de faltas e de serviço em regime extraordinário aos seus subordinados, autorização de pagamentos, aquisições, de acordo com a necessidade do setor, entre outros. À fl. 252 foi colacionada procuração outorgada pela reclamada, conferindo poderes de representação à autora perante "as Seguradoras participantes do pool de seguros da Bancorbrás". Às fls. 259/262 constam comunicados de rescisão contratual dos funcionários Eliane Batista de Souza, Adriana Fernandes de Sousa, Cássia Santos Silva e Bruno Rodrigues Farias, todos assinados pela gerente executiva, Anália Maria Lopes, ora reclamante. Analisando o conjunto probatório dos autos, verifica-se que a prova oral produzida não é suficiente a infirmar a prova documental apresentada pela reclamada, cujo conteúdo, ressalte-se, foi admitido como verdadeiro pela reclamante. Isso porque as testemunhas trazidas a juízo pela reclamante limitaram-se a declarar que a reclamante, "a mando do Sr. Luiz Paulo, podia demitir empregados" (fl. 286), enquanto as testemunhas arroladas pela demandada confirmaram o exercício de encargos de gestão. Assim, nota-se que a reclamada se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus probatório, restando claro nos autos que a reclamante possuía poderes de mando e gestão, com atribuições de gerência, fiscalização e chefia, não havendo qualquer controle de seu horário de trabalho, diferentemente dos demais funcionários que estavam sob sua subordinação. Dessa forma, demonstrado o enquadramento da

reclamante na regra do art. 62, II, da CLT, inviabilizado torna-se o pagamento de quaisquer horas extraordinárias. Nego provimento. No tópico seguinte, ambos os recursos terão apreciação conjunta. Assédio moral Informou a reclamante, à exordial, que a partir de meados de 2003 passou a sofrer "ações de assédio moral" por parte do diretor operacional da empresa, sr. Luiz Paulo de Carvalho Gomes, tais como pressões profissionais, perseguição a subordinados da autora, o que gerou em sua pessoa processos de depressão, distúrbios de sono, desestabilização física e emocional. Salientou que a "alteração da conduta do Sr. Luiz Paulo somente pode ser explicada pelo fato de a Reclamante, em função de suas atividades, ser conhecedora de inúmeros procedimentos irregulares adotados pela Empresa" (fl. 3), sendo que a partir do momento que o superior hierárquico percebeu que a reclamante "sabia demais", passou a praticar atos de perseguição contra a autora e seus subordinados e a tratá-la de forma grosseira na frente dos demais funcionários. Narrou, ainda, que tendo procurado um dos dirigentes da empresa a fim de denunciar as irregularidades praticadas pelo sr. Luiz Paulo, foi surpreendida com sua dispensa. Em sede contestatória a reclamada asseverou que os supostos atos de assédio moral denunciados foram provenientes de relação pessoal entre a autora e o citado diretor, eis que estes eram sócios em pessoa jurídica, cujo objeto social era a prática de corretagem de seguros. Argumentou, ainda, que a reclamante jamais comunicou à empresa que tivesse sendo vítima de tais perseguições e constrangimentos por parte do sr. Luiz Paulo. Negou, ainda, que as irregularidades noticiadas tenham sido levadas a conhecimento de dirigente da empresa. A instância de origem, com fulcro na prova oral produzida que confirmou a prática, por preposto da empresa, de condutas ofensivas à reclamante e, tendo em vista que a reclamada omitiu-se em identificar e reprimir o ato praticado nas dependências do seu estabelecimento por seu diretor, deferiu indenização no importe de R\$30.000,00. Irresignada, a reclamada pretende ser absolvida de tal condenação, acenando com a má-avaliação do conjunto probatório dos autos. Renova a tese de que os atos praticados pelo ex-diretor da empresa contra a reclamante têm a sua origem na existência de sociedade comercial entre os dois, o que exime a empresa de qualquer responsabilidade quanto ao suposto dano perpetrado à demandante. Requer, ainda, em caso de manutenção da condenação, a redução do quantum indenizatório ao patamar de R\$7.000,00. A reclamante, por sua vez, em sua peça recursal, pretende a revisão do valor fixado a título de indenização por danos morais, forte na tese de que a reclamada faz parte de um conglomerado de empresas, cujo capital social ultrapassa a cifra de 70 milhões de reais. Com tais

argumentações, assevera ser irrisória a quantia fixada na instância primária, buscando majorar o seu valor. O assédio moral, muito embora fenômeno tão antigo quanto a própria origem do trabalho, somente ganhou relevância e destaque nas últimas décadas, com pesquisas desenvolvidas na área de psicologia. No Brasil a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa sobre o tema, existindo poucos diplomas legais tratando do instituto, quase todos no âmbito da administração pública, o que não tem obstado à jurisprudência trabalhista o reconhecimento de inúmeros casos de assédio moral. Na falta de um conceito jurídico sobre o tema, tem recorrido a jurisprudência às definições da psicologia. Do site organizado por Margarida Barreto, primeira pesquisadora brasileira a tratar sobre o tema, extrai-se o seguinte conceito de assédio moral: "É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a uma ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego." Impende notar, ainda, que a Lei nº 13.288 de 10.1.2001, do estado de São Paulo, conceitua o assédio moral na administração pública como "todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela sua repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços". Em monografia sobre o tema, Hádassa Dolores e Bonilha Ferreira, destacam alguns elementos indispensáveis a caracterização jurídica do fenômeno do assédio moral, a saber: "violação da dignidade do trabalhador por condutas abusivas desenvolvidas dentro do contexto profissional"; fenômeno portador de um risco "invisível", capaz de gerar sofrimento no trabalho; perversidade do agente assediador, manifestado pela "incapacidade em considerar os outros como seres humanos"; abuso de poder; manipulação perversa (maneira insidiosa, tais como comunicação hostil e isolamento do empregado); repetição da conduta assediadora; prolongamento no tempo. Na situação trazida à apreciação, o contexto probatório dos

autos aponta efetivamente para a prática de atos abusivos e contrangedores no ambiente do contrato de trabalho, capazes de malferir a dignidade da reclamante. Vejamos. A primeira testemunha, Bruno Rodrigues Farias, ouvida em juízo a convite do autor, declarou em depoimento, verbis: "(...) o sr. Luiz Paulo costumava gritar com os empregados, xingando-os e inclusive a recte; o depoente já presenciou o Sr. Luiz Paulo referir-se a trabalho elaborado pela recte denominando-o, aos gritos, de 'esta merda', 'esta porra', 'esta desgraça'; os empregados ouviam os gritos do Sr. Luiz Paulo; o Sr. Luiz Paulo costumava bater a mão na mesa e exclamar palavras de baixo calão referindo-se aos trabalhos elaborados pela recte; o depoente participou de uma reunião da qual também tomaram parte a recte, o Sr. Luiz Paulo e a Sra. Elisângela, visando a discutir problemas de implantação de sistema da corretora; nessa reunião o Sr. Luiz Paulo chamou a recte de incompetente; (...) sempre que o Sr. Luiz Paulo xingava a recte, os empregados da recda ficavam sorrindo, cochichando, zombando da recte; as Sras. Elen, Andressa, Elisângela riam da recte quando a mesma era vítima das investidas do Sr. Luiz Paulo (...) os xingamentos à recte ocorriam dentro do gabinete do Sr. Luiz Paulo; o pessoal da área comercial e do administrativo trabalhavam ao lado da sala do Sr. Luiz Paulo e era possível ouvir os gritos dele pois a porta da sala permanecia aberta (...) " (fls. 286/287) - grifei Sobre o fato, também merece transcrição o depoimento da testemunha obreira, Paulo Henrique da Fonseca, litteris: "(...) por diversas vezes o depoente presenciou o diretor da recda, de nome Luiz Paulo, xingando a recte e falando alto com a mesma; ouviu o diretor da recda dirigindo-se à recte dizendo que o trabalho por ela apresentado estava uma 'merda', mandando-a 'tomar no cú', 'quem manda nessa porra sou eu'; era comum o diretor dirigir-se à recte nos moldes antes mencionado; os atos praticados pelo diretor contra a recte ocorriam na sala dele; o depoente trabalhava em frente à porta da sala do diretor, a qual ficava sempre aberta; os atos de agressão do Sr. Luiz Paulo ocorriam também com outros empregados da recda, inclusive certa vez chamou o empregado 'para porrada'; os empregados da recda comentavam os atos do Sr. Luiz Paulo em relação à recte, denominando-a de 'coitada' e que merecia passar por aquilo; as Sras. Andressa, Elen e Ana Paulo faziam comentários; já presenciou a recte sair da sala do Sr. Luiz Paulo chorando." (fl. 287) - grifei Indene de dúvidas que a reclamante, no curso do contrato de trabalho, sofreu recorrentes desqualificações levadas a efeito por seu superior hierárquico, sr. Luiz Paulo, inclusive tendo exposta, por inúmeras vezes, a qualidade de seu trabalho, de forma pejorativa, na presença dos colegas. Evidenciado, ainda, que o aludido diretor dirigia-se à autora, no

trato do dia-a-dia, com gritos e palavras de baixo calão, menosprezando o seu trabalho e submetendo-a publicamente a críticas e constrangimentos. Incontroverso, ainda, que pelos atos sofridos, a reclamante era vítima de comentários, risos e gozações por parte de seus colegas de serviços. Indene de dúvidas, também, que o tratamento despendido à reclamante por parte do aludido superior hierárquico, por longo período do pacto laboral, foi suficiente a causar constrangimentos, humilhações, sensação de rebaixamento e desequilíbrio emocional a obreira. Ressalte-se que, não obstante as testemunhas apresentadas pela reclamada tenham negado peremptoriamente a prática de qualquer conduta constrangedora do sr. Luiz Paulo para com a reclamante, tais elementos de prova não podem ser considerados, no particular. Isso porque, foram ouvidas em juízo na qualidade de testemunhas da reclamada as sras. Ellen e Elizângela, funcionárias que, conforme relatado pelas testemunhas da autora, faziam comentários e riam da situação vexatória a que era submetida freqüentemente a autora. Por outro lado, não prospera a tentativa de imputar os atos de assédio moral, à sociedade supostamente existente entre a autora e o sr. Luiz Paulo. Compulsando o contrato social de fls. 212/215, verifica-se que, malgrado a reclamante figure como sócia da referida sociedade, de tal documento constam também como sócios, além do sr. Luiz Paulo, outros funcionários da reclamada, o que traz o indício de que a sociedade foi constituída com prévia autorização dos dirigentes da reclamada, consoante alegado em réplica pela autora (fl. 278). Frente aos elementos colhidos dos autos, tenho que restou amplamente caracterizado nos autos a prática de atos ensejadores de reparação civil, a teor do art. 186 e 927 do Código Civil, devendo a reclamada responder por ato de seu preposto. Relativamente ao quantum arbitrado à título de indenização por danos morais, o juízo primário fixou o montante de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Importante salientar que a indenização pelo dano moral, além da função compensatória, possui as finalidades sancionária e preventiva, visando a desestimular no lesante e em toda a sociedade, novas práticas similares. Na espécie, diante da gravidade do dano, e levando-se em consideração o potencial econômico do empregador, bem como a posição da vítima, tenho que o valor arbitrado na instância a quo não se presta a dar cumprimento as funções a que se propõe a indenização pela dor moral. Isso porque, é de conhecimento geral que a reclamada integra um complexo de empresas, com sede em todo o país, que atuam em vários ramos, entre os quais, hotéis, lazer, turismo e seguros. Compulsando o documento de fls. 204/211, verifica-se que apenas o capital social da empresa ora reclamada, Bancorbrás Corretora de Seguros Ltda, alcança o montante de R\$600.000,00

(seiscentos mil reais), enquanto os das demais empresas, juntas, ultrapassa a cifra de milhões de reais. Dessa forma, por arbitramento, fixava o montante da indenização em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Contudo, restei vencida, no particular, prevalecendo o voto de desempate do Exmo. Juiz Alexandre Nery, no sentido de reduzir o quantum indenizatório ao montante de R\$15.000,00 (quinze mil reais). Dou, pois, parcialmente provimento ao recurso da reclamada e nego provimento ao apelo da reclamante. **CONCLUSÃO** Pelo exposto, rejeito a prefacial suscitada, conheço de ambos os recursos, acolho a preliminar de não-conhecimento dos documentos de fls. 352/360, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso da reclamada nos termos da divergência lançada pelo Juiz André R. P. V. Damasceno, reduzir a indenização imposta a título de "Danos Morais" para R\$ 15.000,00, negar provimento ao recurso da reclamante, nos termos da fundamentação. Em face do decréscimo condenatório, arbitrar à condenação o montante de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e fixar custas processuais no importe de R\$500,00 (quinhentos reais) a cargo da reclamada É o meu voto.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos, ACORDAM os Juízes da egr. Primeira Turma do egr. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em sessão turmária, à vista do contido na certidão de julgamento (à fl. retro), por unanimidade aprovar o relatório, rejeitar a prefacial suscitada, conhecer de ambos os recursos, acolher a preliminar de não- conhecimento dos documentos de fls. 352/360, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso da reclamada nos termos da divergência lançada pelo Juiz André R. P. V. Damasceno, reduzindo a indenização imposta a título de "Danos Morais" para R\$ 15.000,00, vencidos no particular, os Juízes Maria Regina Machado Guimarães e Ricardo Alencar Machado. Sem divergência, negar provimento ao recurso da reclamante. Em face do decréscimo condenatório, arbitrar à condenação o montante de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e fixar custas processuais no importe de R\$500,00 (quinhentos reais) a cargo da reclamada. Ementa aprovada. Brasília (DF), 17 de dezembro de 2007. MARIA REGINA MACHADO GUIMARÃES Juíza Relatora PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO MRMG/SJ.

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA A2 – TRT da 10ª Região (grifou-se e destacou-se)

Processo: 00676-2006-002-10-00-5 RO (Ac. 2ª Turma)

Origem: 2ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Juiz(a) Relator: BRASILINO SANTOS RAMOS

Recorrentes: Fashion Ws Couture e San Philipo Confeções Ltda; Júlio C.T.Barbosa

Julgado em: 29/08/2007

Publicado em: 28/09/2007, em www.trt10.jus.br/jurisprudencia

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) BRASILINO SANTOS RAMOS

EMENTA

1. ADMISSIBILIDADE. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. CONHECIMENTO PARCIAL. Se os argumentos trazidos no bojo do

apelo não se prestam a abalar os fundamentos sentenciais, haja vista que não se comunicam, nos termos do artigo 514, inciso II, do CPC e da Súmula n.º 422 do col. TST, não se conhece do apelo, especificamente quanto ao ponto não contrariado. 2. **JULGAMENTO EXTRA PETITA. PERCENTUAL DE COMISSÕES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO.** Reprovável a conduta da parte que, manifestando-se em audiência sobre alteração do pedido deduzido em reconvenção, inclusive concordando que o percentual de comissões indicado foi anotado em carteira de trabalho, tenha aduzido que o julgamento proferido em primeiro grau de jurisdição foi fora do pedido. Diante desse contexto, somente se pode concluir que a recorrente tenta confundir o Juízo, que, porventura, desavisadamente, pode não atentar para a alteração levada a termo em réplica, da qual a consignante tinha plena ciência. Ante os termos dos artigos 17, incisos V e VI e 18 do CPC, de ofício, em reprovação a sua conduta, condeno a consignante a pagar ao consignado multa de 1% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, por litigância de má-fé. 3. **DOCUMENTOS NOVOS. JUNTADA EM FASE RECURSAL. SÚMULA N.º 8 DO COL. TST. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. "JUNTADA DE DOCUMENTO. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença."** (Súmula n.º 8 do col. TST). O normal é que documentos sejam trazidos com a inicial e com a contestação, de maneira que o princípio do contraditório e o da ampla defesa fiquem francamente assegurados às partes. Não é raro, entretanto, que o Juiz admita a juntada de documentos fora dessas oportunidades, ressaltando-se que a fase para juntada de documentos pelas partes encerra-se com o próprio encerramento da instrução processual. Se os documentos trazidos no bojo da peça recursal datam de antes da audiência de instrução, mas, se naquela assentada foi indeferida sua juntada pelo MM. Juízo de primeiro grau, não se pode imputar a extemporaneidade de sua juntada à parte. Inaplicável, portanto, à presente hipótese, a inteligência da súmula citada. 4. **SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHAS. AMIZADE ÍNTIMA. MENSAGENS ELETRÔNICAS. INTERNET. MEIO DE PROVA. VALIDADE.** Consignado e testemunhas mantinham conversas via internet, em comunidades virtuais, as quais se prestam como meio de prova. Isso porque, embora totalmente estranhas ao habitat da CLT, revelam a adequação do Poder Judiciário às inovações tecnológicas, não se podendo fechar os olhos para tal realidade. Se as mensagens eletrônicas não foram impugnadas sob a pecha de serem falsas, devem ser admitidas como meio de prova, ante

o teor do artigo 332 do CPC, e se delas exsurge de meridiana clareza a amizade íntima entre consignado e ambas testemunhas, que se tratam por apelidos, brincam; no dizer da gíria, "são chegados"; conversam, combinam programas, resta maculada a imparcialidade necessária para prestarem depoimento na qualidade de testemunha, pelo que seus depoimentos não podem ser valorados.

5. FÉRIAS. NÃO-COMPROVAÇÃO DE FRUIÇÃO/PAGAMENTO. A concessão de férias ao trabalhador é medida de segurança e medicina no trabalho. A cada doze meses de trabalho (período aquisitivo), o empregado faz jus a trinta dias de férias, que devem ser usufruídas nos doze meses seguintes (período concessivo), devendo a remuneração ser acrescida de um terço. De tão importante, a fruição de férias anuais encontra previsão não só na legislação trabalhista, como também na própria Carta Política de 1988 (CLT, arts. 129 e 134; C/1988, art. 7.º, inciso XVII). Por serem normas cogentes (jus cogens), não podem as partes derogá-las, ainda que com a infringência concorde o trabalhador. Trata-se de imperativo legal, e, como tal, de ordem pública, razão pela qual não pode o empregador escusar-se de seu cumprimento, alegando desconhecimento da lei. As férias anuais, cuja marcação fica a critério do empregador, desde que dentro do período concessivo, sob pena de pagamento em dobro, devem ser precedidas de aviso e pagamento respectivo (CLT, arts. 135/137 e 145). Se o empregador não comprovou ter concedido ao trabalhador aviso de férias, não provou tê-las pago, não comprovou a fruição de trinta dias (tampouco cogitou do motivo pelo qual seriam reduzidas), não lhe é dado aproveitar-se de alguns dias esparsos em que o recorrido não trabalhou para alegar que corresponderam a dias de férias devidas.

6. Recurso ordinário patronal parcialmente conhecido e provido em parte; recurso adesivo obreiro conhecido e desprovido.

RELATÓRIO

A Exma. Juíza da 2.^a Vara do Trabalho de Brasília/DF, Dr.^a Odélia França Noleto, julgou procedentes em parte os pedidos deduzidos pela consignante 206 FASHION WS COUTURE E SAN PHILIPPO CONFECÇÕES LTDA - EPP, e também procedentes em parte os pleitos obreiros trazidos no bojo da reconvenção ofertada pelo consignado, consoante fundamentos deitados a fls. 217/222. Foram opostos embargos declaratórios a fls. 224/226 e 227/230, pela consignante-reconvinda e pelo consignado- reconvinte,

respectivamente, os quais foram julgados a fls. 240/242. Inconformada, a autora interpôs recurso ordinário a fls. 244/252, argüindo preliminar de julgamento extra petita, reconhecimento da suspeição das testemunhas ouvidas, e almejando a reforma da sentença originária no que diz respeito à forma de ruptura contratual reconhecida, multa convencional, férias relativas ao período aquisitivo 2004/2005, comissões de 0,05% sobre vendas da loja, descontos realizados, intervalo intrajornada e honorários assistenciais. Foram juntados documentos a fls. 259/278. Adesivamente, o consignado-reconvinte interpôs recurso pugnando pela alteração do decisum no que diz respeito a horas extras, salário fixo retido, integração do pagamento "por fora" e das comissões, reflexos, diferenças salariais em razão do exercício da função de gerente e de sub-gerente (fls. 283/285). Foram apresentadas contra-razões a fls. 287/294 e 297/302, pelo consignado-reconvinte e pela consignante- reconvinda , respectivamente. Dispensada a intervenção do Ministério Público do Trabalho, na forma preconizada no artigo 102 do Regimento Interno deste egr. Tribunal, por não se evidenciar no momento, matéria que suscite interesse público. É, em síntese, o relatório.

VOTO

1.1 DO RECURSO ORDINÁRIO DA CONSIGNANTE-RECONVINDA 1.1. ADMISSIBILIDADE O recurso foi tempestivamente interposto (fls. 243/244). A representação processual é regular (fl. 6). Depósito recursal e custas a fls. 253 e 256. Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do apelo, dele conheço; porém, não em sua íntegra. Os fundamentos sentenciais adotados pelo MM. Juízo de origem para reconhecimento de que a ruptura contratual deu-se por iniciativa patronal foram: - confissão do preposto em audiência quanto ao não- comparecimento de qualquer representante legal no sindicato para homologação da rescisão, "até porque a intenção era submeter o termo lavrado à comissão de conciliação prévia" (fl. 218); - documento à fl. 135 (aviso prévio dado pelo empregador em 8/6/2006), firmado por representante legal seu; - ausência de prova em sentido contrário, bem como acerca da redução da jornada durante o curso do aviso. Em suas razões de inconformismo, o apelante investe contra a decisão, neste particular, ratificando que o término da relação de emprego deu-se por iniciativa do empregado em 11/6/2006; que o recorrido não se

desincumbiu do encargo de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (relativamente à modalidade de rescisão); que o aviso prévio é um instituto bilateral e que foi o empregado quem comunicou ao empregador sua pretensão de resilir o contrato laboral. Nenhum dos dardos lançados atingiu o alvo, isto é, os argumentos trazidos no bojo do apelo não se prestam a abalar os fundamentos sentençiais, haja vista que não se comunicam. A confissão do preposto, a presunção de veracidade do documento à fl. 135, consoante reconhecidos pelo Exmo. Magistrado na origem, não foram cogitados no recurso. Dessa forma, nos termos do artigo 514, inciso II, do CPC, e Súmula n.º 422 do col. TST, não conheço do recurso quanto ao tópico "MODALIDADE DE RESCISÃO: DO PEDIDO DE DEMISSÃO" etc (itens 13 a 16), porquanto os fundamentos da decisão alvejada não foram combatidos. Por idêntico motivo, não conheço do apelo no ponto "DOS DESCONTOS REALIZADOS" (itens 28 e 29, fl. 250). Isso porque os fundamentos esposados no decisum (fl. 222, início) são os seguintes: "A confusa explicação dada, pelo preposto, na audiência de instrução realizada acerca da origem dos descontos feitos na rescisão, não se prestou a justificá-los, devendo a consignante-reconvinda arcar, à falta de apresentação de prova quanto à regularidade deles, com o ressarcimento devido, circunscrito, porém, ao valor exigido na inicial, a saber: R\$851,00." Por sua vez, o recurso, no item 29, adotou o seguinte argumento: o cheque emitido pela correntista Alessandra de Oliveira Novaes (fl. 137), no valor de R\$851,00, é comum, sendo expressamente proibido na empresa o recebimento de cheque que não seja especial, fato este que prescinde de prova (notório - CPC, art. 334, inciso I). Os fundamentos da sentença dardejada não foram abalados no recurso, que contra eles não direcionou ataque preciso e certo. Ademais, ainda que assim não fosse, nem de longe o fato cogitado pela recorrente pode ser enquadrado como notório nos moldes legais. Deixo de conhecer. Não conheço, outrossim, do recurso quanto ao ponto "DA COMISSÃO DE 0,05% SOBRE AS VENDAS DE TODA A LOJA" (itens 23 a 27 - fls. 249/250), porquanto não houve sucumbência no particular. Consoante se extrai da decisão a fls. 219/220 (itens "a", "b" e "c"), não foram reconhecidos ao trabalhador pagamentos à margem dos recibos de salário mensal, e foram julgados improcedentes os pedidos de diferenças de comissões devidas quando do exercício do mister de subgerente e de gerente. Em assim sendo, não vislumbro interesse do autor em recorrer, já que inexistiu condenação no particular. Ausente requisito subjetivo para admissibilidade, não conheço do apelo neste ponto. 1.2. PRELIMINAR JULGAMENTO EXTRA PETITA - PERCENTUAL DE COMISSÕES - LITIGÂNCIA

DE MÁ-FÉ - IMPOSIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO Preliminarmente, a recorrente acena com existência de julgamento fora do pedido no que diz respeito ao percentual de comissões reconhecido pela Juíza prolatora da decisão. Assevera que, no item 10 da reconvenção, constou que tal percentual era de 0,05%, sendo que na sentença combatida foi lançado 0,5%. Pede que a decisão se limite aos termos do pedido exordial. A atitude da recorrente é de todo reprovável! Com efeito, em reconvenção, ao tratar do percentual combinado a incidir sobre as vendas da loja, o consignado indicou 0,05%. Todavia, em réplica, acenou com a existência de erro material em suas peças processuais, exatamente no que se referia a tal percentual, que era, na verdade de 0,5%, e não de 0,05%. O trecho foi negritado (fl. 200). Como se não bastasse, e no intuito de que a alteração não passasse "em branco", em audiência, o consignado-reconvinte reiterou o pedido formulado na réplica à reconvenção (fls. 201/206), quanto à alteração do valor da comissão para 0,5% sobre as vendas da loja, o que, aliás, se compatibilizava com as anotações apostas em sua CTPS pela empregadora (fl. 207). Abriu-se, então, à parte contrária, prazo para manifestação, tendo a consignante se manifestado por sua procuradora presente, Dr.^a Carolina Resende Araújo Lima - advogada signatária da peça recursal também. Frente a essa realidade, a Juíza Odélia França Noletto proferiu decisão considerando a alteração do percentual: 0,5%. Causa estranheza a conduta patronal ao acenar com julgamento fora do pedido, ante os argumentos trazidos (de que o percentual deferido não foi objeto do pedido), quando sabia da alteração empreendida em réplica, inclusive em virtude de ter sobre ela se manifestado. Ainda mais reprovável a conduta se considerarmos que a mesma procuradora, que se manifestou em audiência sobre tal alteração, aliás concordando que o percentual de 0,5% foi anotado em carteira de trabalho, assinou a peça de recurso, aduzindo que o julgamento foi fora do pedido. Não houve, por certo, nenhum julgamento que tenha extrapolado os limites da lide! Diante desse contexto, somente se pode concluir que a recorrente tenta confundir o Juízo, que, porventura, desavisadamente, pode não atentar para a alteração levada a termo em réplica, da qual a consignante certamente tinha plena ciência. O artigo 18 do CPC prevê que: "O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou." (grifei.) Ante os termos do artigo supra transcrito bem como da previsão legal inserta nos incisos V e VI do artigo 17 do CPC, de ofício, em reprovação a sua conduta, condeno a consignante a pagar ao consignado

multa de 1% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, por litigância de má-fé.

1.3. MÉRITO 1.3.1. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHAS - AMIZADE ÍNTIMA - DOCUMENTOS NOVOS - JUNTADA EM FASE RECURSAL

Argüiu a recorrente a suspeição das testemunhas ouvidas em audiência de instrução, destacando que, naquela oportunidade, a Exma. Magistrada condutora indeferiu a contradita, repisando, vez mais, o argumento de existência de amizade íntima entre o autor e ambas testemunhas. Juntou documentos (fls. 259/278), os quais, a seu ver, atestam o grau de amizade. Em contra-razões, o consignado-reconvinte requereu o desentranhamento dos documentos coligidos ao recurso, afirmando que a fase processual para sua juntada já se encontra fulminada. A Súmula n.º 8 do col. TST trata do assunto, in verbis: "JUNTADA DE DOCUMENTO. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença." O normal é que documentos sejam trazidos com a inicial e com a contestação, de maneira que o princípio do contraditório e o da ampla defesa fiquem francamente assegurados às partes. Não é raro, entretanto, que o Juiz admita a juntada de documentos fora dessas oportunidades, ressaltando-se que a fase para juntada de documentos pelas partes encerra-se com o próprio encerramento da instrução processual. Entretanto, muito embora os documentos trazidos no bojo da peça recursal datem de junho ou julho de 2006, antes, porém, da audiência de instrução, é certo que naquela assentada a consignante requereu sua juntada, o que foi indeferido pelo MM. Juízo de primeiro grau, ante o fundamento de que as declarações ali contidas não evidenciavam o ânimo de parcialidade das testemunhas. Assim, não se pode imputar a extemporaneidade de sua juntada, o que, por ter sido indeferido na origem, foi renovado em grau recursal. Inaplicável, portanto, à presente hipótese, a inteligência da súmula citada. Entendo que a Juíza de primeira instância precipitou-se ao não deferir a juntada dos documentos, haja vista que a fase instrutória ainda não se ultimara e que aos mesmos poderia emprestar o valor probante que reputasse merecerem, o qual estaria submetido à jurisdição revisional do órgão colegiado fracionário. Nessa trilha, defiro a juntada dos documentos e passo a analisá-los. Tratam-se de conversas mantidas via internet, em comunidades virtuais, e que, entendo, prestam-se como meio de prova. Isso porque, embora totalmente estranho ao habitat da CLT, senhora antiga de 1943, revela a adequação do Poder Judiciário às inovações tecnológicas, não se podendo fechar os olhos para tal realidade. Se as mensagens eletrônicas não foram impugnadas sob a pecha de serem falsas, devem ser admitidas como meio de prova, ante o teor do

artigo 332 do CPC: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa." Pois bem. Verifico do teor dessas "conversas" de internautas que o reclamante, codinome "Júlio Pipoca", incluía em sua lista de amigos, Márcio Matos (fl. 259) e Adriano Barcelos (fl. 267), testemunhas ouvidas em audiência. Entretanto, foi do teor das conversas que pude extrair a conclusão final. A seguir transcrevo alguns trechos: . Márcio (falando com Júlio, em sua página de recados - fl. 260) - "pode crer pode contar comigo ... bjukskk", em 9/6/2006, data próxima à audiência realizada em agosto de 2006; . Júlio (falando com Márcio, em sua página de recados - fls. 264/265) - "CHURRASCO E PAGODE DOMINGO EM FAMÍLIA. VAMOS?", em 30/6/2006; . Adriano (falando com Júlio, em sua página de recados - fls. 269/270) - "cret, cret! Claro que pode contar comigo brow! Eae já saiu de lá?"; . Adriano (falando com Júlio, em sua página de recados - fl. 271) - "Cretirnum!!!Vam Dirniell cretirnum!!! Blz!Eae irmão! Como está a vida aí na ws business? E as novidades? Aqui na Crawford tá de boa! E VC? Quando é que vai vir trabalhar aqui no park-shopping comigo? Poxa-Poxa Vam Dirnell! Um abraço e qualquer coisa me fala blz! Sucesso !!!" ; . Júlio (falando com Adriano Barcelos - fls. 273 e 275) - "fala irmão! aqui continua a mesma merda mais vai arrumando o campo que em breve poderemos estar trabalhando juntos. Se vc souber de alguma coisa me da um toque. falou cretirnummm, senvergonia"; . Júlio (mais uma vez, falando com Adriano - fl. 276) - "QUANDO VC PASSAR POR AQUI E NÃO DEIXAR UM RECADO SE VOU TE EXCLUIR DA TURMA DOS CRETIRNIUMMMM VIU?"; . Júlio (para Adriano - fl. 278) - "fala meu irmãozinho, com vão as coisas espero que vc esteja bem e não se esqueça de mim heim um grande abraço votos de felicidade". Exsurge de meridiana clareza a amizade íntima cogitada pela consignante quando da oferta de sua contradita. Consignado e ambas testemunhas tratam-se por apelidos, brincam; no dizer da gíria, "são chegados"; conversam, combinam programas, o que revela que a amizade existente entre eles por certo é próxima e macula a imparcialidade necessária para prestarem depoimento na qualidade de testemunha. Não tenho dúvidas de que seus depoimentos não podem ser valorados; não pelo reduzido tempo em que trabalharam juntos na empresa, mas, sim, pela suspeição legal atraída pela amizade íntima. Nesse sentir, dou provimento ao recurso patronal, no particular, para, reformando a decisão de primeiro grau, determinar que seja desconsiderado o inteiro teor dos depoimentos prestados pelas testemunhas Márcio de Matos Melo e Adriano Barcelos de Santana em audiência de

instrução. Dentro dessa realidade, será apreciado o restante do apelo bem como o recurso adesivo, observados também os limites de seu pedido. 1.3.2. **MULTA CONVENCIONAL** Dois são os argumentos a amparar a pretensão reformatória da decisão no particular: há controvérsia quanto à forma de dispensa; foi o recorrido quem solicitou ao funcionário Roberto Oliveira de Souza seu aviso prévio (fl. 248). Já em defesa à reconvenção, a recorrente asseverou que ficou impossibilitada de entregar ao obreiro a Relação de Salários e Contribuições-RSC bem como a Carta de Referência (previstos em CCT), porquanto o empregado não compareceu à empresa para recebimento de suas verbas rescisórias, tendo solicitado ao sr. Roberto o aviso prévio (fl. 188, item 7). Pois bem. A questão da modalidade pela qual se deu a rotura contratual já foi superada, haja vista que não foi conhecido o ponto recursal no particular. A controvérsia cogitada no apelo guarda relação, também, com a forma de término do liame laboral, o que fica prejudicada pelo mesmo fundamento acima; ou seja, se o recurso patronal não foi conhecido quanto ao tópico "MODALIDADE DE RESCISÃO", permanece inalterada a decisão a quo, que reconheceu que a resilição deu-se sem justo motivo, por parte do empregador. Ademais, consoante previsão em norma coletiva, para emissão de Carta de Referência não deve constar nenhum motivo desabonador na conduta do ex-empregado. Ora, o tal motivo desabonador indicado pela recorrente não mais subsiste, em face de a tese defensiva não ter prevalecido, motivo pelo qual deve, sim, ser entregue a Carta de Referência. Mantenho a decisão vergastada e nego provimento ao recurso. 1.3.3. **INTERVALO INTRAJORNADA** A r. decisão de primeiro grau deferiu intervalo intrajornada pelo fundamento de que a primeira testemunha ouvida confirmou que o ex-empregado não o usufruía. Inicialmente, repiso a decisão adotada linhas volvidas quanto à não-consideração dos depoimentos prestados por ambas testemunhas, as quais foram consideradas suspeitas por amizade íntima. Impõe-se, por conseguinte, o indeferimento do pleito em questão, haja vista que se trata de fato constitutivo do direito do empregado (reconvinte), a teor do artigo 818 celetário e artigo 333, inciso I, do CPC, sendo que dele não se desvencilhou mediante produção de prova reputada válida. Dou provimento para excluir da condenação a parcela "intervalo intrajornada". 1.3.4. **FÉRIAS 2004/2005** À mímica de prova quanto ao pagamento e à fruição de férias relativas ao Período Aquisitivo 2004/2005, foi a consignante condenada a seu pagamento em dobro, acrescida do terço constitucional (fl. 219). Com efeito, o recorrido confirmou em audiência que gozou um período de férias relativas ao P.A. 1003/2004, o que ocorreu em 2005. Disse, ainda, que não trabalhou no Carnaval do ano

de 2006, bem como em dez dias no mês de dezembro de 2005. Primeiramente, refutam-se as argumentações recursais, quando ao gozo de dez dias em dezembro de 2005 como sendo a título de férias de 2004/2005, até mesmo frente ao depoimento transcrito, o qual informou que as férias de 2003/2004 foram gozadas em 2005; o que pode ter ocorrido exatamente nesses dez dias de dezembro/2005. Ademais, nem o fato de não ter trabalhado no Carnaval de 2006, nem durante esses mencionados dez dias em dezembro/2005, não autorizam a conclusão de que se referem esses períodos às férias legais. A concessão de férias ao trabalhador é medida de segurança e medicina no trabalho. A cada doze meses de trabalho (período aquisitivo), o empregado faz jus a trinta dias de férias, que devem ser usufruídas nos doze meses seguintes (período concessivo), devendo a remuneração ser acrescida de um terço. De tão importante, a fruição de férias anuais encontra previsão não só na legislação trabalhista, como também na própria Carta Política de 1988 (CLT, arts. 129 e 134; C/1988, art. 7.º, inciso XVII). Por serem normas cogentes (jus cogens) não podem as partes derogá-las, ainda que com a infringência concorde o trabalhador. Trata-se de imperativo legal, e, como tal, de ordem pública, razão pela qual não pode o empregador escusar-se de seu cumprimento, alegando desconhecimento da lei. As férias anuais, cuja marcação fica a critério do empregador, desde que dentro do período concessivo, sob pena de pagamento em dobro, devem ser precedidas de aviso e pagamento respectivo (CLT, arts. 135/137 e 145). Pois bem. Dentro desse contexto, não se pode admitir tanto desrespeito. O empregador não comprovou ter concedido ao trabalhador aviso de férias, não provou tê-las pago, não comprovou a fruição de trinta dias (tampouco cogitou do motivo pelo qual seriam reduzidas). Pretende, todavia, aproveitar-se de alguns dias esparsos em que o recorrido não trabalhou para alegar que corresponderam a dias de férias devidas. Não lhe é dado fazê-lo. Ante a total inobservância da regência legal, correta a decisão de piso. Destaco, não há de se falar em exclusivo pagamento do terço constitucional, considerando a decisão de que não houve fruição nem pagamento dentro do prazo correspondente ao período concessivo. Não pode o empregador querer beneficiar-se de sua própria torpeza! O pagamento implementado normalmente correspondeu ao mês trabalhado. Se nem foi considerado que as férias foram concedidas ao trabalhador, e nem sequer foi comunicado de quando teriam início, não se pode aproveitar o salário do mês como quitação a esse título. Nego provimento. 1.3.5. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS Em embargos declaratórios, sanando omissão, o MM. Juízo de primeiro grau deferiu honorários assistenciais ao recorrido, arbitrando-os em 15% do

valor da condenação, revertidos aos cofres do sindicato assistente. Em recurso, a recorrente assevera inexistir prova de que o empregado está de fato assistido pelo Sindicato. Não lhe assiste razão. Os documentos a fls. 42 e 44/45 comprovam que a procuradora signatária da peça de contestação à ação de consignação, bem como da reconvenção ofertada, integra o quadro de advogados com mandato concedido pelo sindicato profissional do recorrido, tendo, ainda, sido declarada a miserabilidade jurídica do requerente. Presentes os requisitos constantes dos artigos 14 a 16 da Lei n.º 5.584/70 e Súmulas n.os 219 e 329 do col. TST, mantenho a condenação e nego provimento. **2. DO RECURSO ADESIVO OBREIRO** **2.1. ADMISSIBILIDADE** Tempestivamente interposto o recurso adesivo (fls. 280 e 283). O recorrente detém regular representação processual consoante procuração à fl. 42. Conheço do apelo adesivo, conquanto presentes os pressupostos para sua admissibilidade. **2.2. MÉRITO** Considerando que o recurso adesivo operário busca a reforma da sentença unicamente pelo argumento de que os depoimentos testemunhais não foram corretamente valorados pelo MM. Juízo, haja vista que os limitou ao tempo reduzido de trabalho concomitantemente desenvolvido por recorrente e testemunhas (o que, entende, não estar correto); e considerando, outrossim, os fundamentos expendidos em tópico pretérito (1.3.1), no qual reconheci a existência de amizade íntima entre o consignante e os Srs. Márcio de Matos e Adriano Barcelos, e, em consequência, dei provimento ao apelo patronal, determinando a desconsideração de seus depoimentos como meio de prova; essa decisão é ora aplicável, por idênticos fundamentos, motivo pelo qual nego provimento ao recurso adesivo obreiro. **CONCLUSÃO** Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso ordinário patronal, rejeito a preliminar de julgamento extrapetita argüida pela consignante-reconvinda, condenando-a ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa devidamente atualizado, a título de multa por litigância de má-fé; no mérito, dou parcial provimento ao recurso ordinário patronal para reconhecer a suspeição por amizade íntima das testemunhas ouvidas, determinar a desconsideração de seus depoimentos como prova e excluir da condenação a parcela intervalo intrajornada; conheço do recurso adesivo interposto pelo consignado-reconvinte; no mérito, nego-lhe provimento. Tudo nos termos da fundamentação precedente. É o voto.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos, ACORDAM os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, aprovar o relatório, conhecer parcialmente do recurso ordinário patronal, rejeitar a preliminar de julgamento extrapetita argüida pela consignante- reconvinda, condenando-a ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa devidamente atualizado, a título de multa por litigância de má-fé; no mérito, dar parcial provimento ao recurso ordinário patronal para reconhecer a suspeição por amizade íntima das testemunhas ouvidas, determinar a desconsideração de seus depoimentos como prova e excluir da condenação a parcela intervalo intrajornada; conhecer do recurso adesivo interposto pelo consignado-reconvinte; no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator.

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA A3 – TST (grifou-se e destacou-se)

NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 1130/2004-047-02-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 30/11/2007, em www.tst.gov.br/jurisprudencia

RELATOR : MINISTRO VANTUIL ABDALA

EMBARGANTE(S): ROBERTO BICINERI PEREIRA

EMBARGADO(S): NESTLE BRASIL LTDA.

A C Ó R D ã O

1ª TURMA

VMF/sas/

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL
JUSTA CAUSA.**

O julgado a quo registrou que não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador, previamente, avisa a seus empregados acerca das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

Agravo de instrumento desprovido .

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1130/2004-047-02-40.9, em que é Agravante ROBERTO BICINERI PEREIRA e Agravada NESTLÉ BRASIL LTDA.

Agravo de instrumento interposto contra decisão singular, fls. 98-99, pela qual se denegou seguimento ao recurso de revista, com fundamento na Súmula nº 126 do TST.

O agravante sustenta ter preenchido os pressupostos estabelecidos no art. 896 da CLT. Apresentadas contraminuta às fls. 101-113 e contra-razões às fls. 114-132.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho, a teor do art. 82, § 2º, do RITST.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Conheço do agravo, eis que preenchidos regularmente os pressupostos legais para a sua admissibilidade.

2 MÉRITO

2.1 - DANO MORAL JUSTA CAUSA

No tópico, o 2º Tribunal Regional do Trabalho deu parcial provimento ao recurso da reclamada, para excluir da condenação a indenização por dano moral e julgar a ação improcedente, com os seguintes fundamentos, fls. 81-87, verbis :

Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

De todo modo, o certo é que o ato praticado pelo autor, desrespeitando norma interna da empresa e repassando e-mail com conteúdo falso, comprometeu a fidúcia existente

entre empregado e empregador, o que autoriza a dispensa por justa causa efetuada pela reclamada.

(...)

No entanto, a Constituição Federal de 1988 previu o princípio da proteção da propriedade privada, tendo o empregador o legítimo direito de regular o uso dos bens da empresa. Ademais, o art. 2º da CLT prevê o poder diretivo do empregador para dirigir a prestação de serviços dos seus empregados, além do poder regulamentar, fiscalizatório, e disciplinar que se encontram interligados...

Em razões de recurso de revista, fls. 89-97, o reclamante afirma que a prova da empresa foi ilícita, obtida ao arrepio da Carta Magna, uma vez que monitorar e-mails viola a ética, sendo procedimento proibido no ordenamento pátrio. Alega ter atendido o art. 282 do CPC, quanto às razões de pedir. Aponta violação dos arts. 5º, X, XII, LVI, da Carta Magna e 282 do CPC.

In casu, em que pese a vasta argumentação do recorrente, não vislumbro violados os artigos constitucionais suscitados. Comungo do entendimento a quo no sentido de afastar a alegada ofensa aos incisos X, XII, LVI do art. 5º constitucional, por não ferir norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail fornecido pela empresa, sobretudo quando o empregador avisa a seus empregados acerca das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

Também o julgado recorrido consignou ter o empregador o legítimo direito de regular o uso dos bens da empresa, nos moldes do art. 2º da CLT, que prevê os poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar do empregado, inexistindo notícia acerca de excessiva conduta derivada do poder empresarial.

Outrossim, é de se notar que não há tese regional abordando os requisitos da petição inicial. Aplicação da Súmula nº 297 do TST.

Pelo exposto, não tendo o recorrente logrado êxito em demonstrar a admissibilidade da revista, nego provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 31 de outubro de 2007.

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO

Relator

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA A4 – TRT da 15ª Região (grifou-se e destacou-se)

PROCESSO Nº 00328-2002-061-15-00-4 RO (327-2003)

RECORRENTE: SINDICATO RURAL DA ALTA NOROESTE SIRAN

RECORRIDO: EIRCO ALESSANDRO KAMIMURA

ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE ARAÇATUBA

EMENTA: JUSTA CAUSA - INSUBORDINAÇÃO E INDISCIPLINA - UTILIZAÇÃO DE CORREIO ELETRÔNICO - MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - RESTRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - A manifestação de opinião pelo empregado através de correio eletrônico, conquanto possa colidir com as finalidades e interesses da instituição para a qual presta serviços, de forma alguma caracteriza insubordinação ou indisciplina, figuras essas autorizadas da rescisão contratual motivada, tampouco macula o bom nome da empresa. Exerce o

autor, efetivamente e nos limites da moralidade pública, o seu direito constitucional de manifestação do pensamento, o qual constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, que encontra sua base na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos.

Da r. sentença de fls. 292/298, que julgou procedentes em parte os pedidos, recorre o reclamado, invocando a prefacial de nulidade do julgado, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da oitiva de testemunha tempestivamente arrolada.

No mérito, em longo arrazoadado, discorre sobre as suas finalidades sociais ao longo de seus 60 anos de existência, sustentando que, na atualidade, uma das bandeiras da instituição é a repulsa às invasões de terras rurais, as quais contam com a inércia e o descaso dos órgãos públicos para atingir suas finalidades. Aduz, ainda, a relativização dos direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão, que pode sofrer restrições de ordem objetiva e subjetiva, a fim de preservar direitos e garantias de outrem. Sendo assim, a utilização de endereço eletrônico posto à disposição do empregado, como na hipótese, não lhe permite a manifestação de opinião contrária às finalidades sociais da instituição para a qual mantém relação de emprego, sob penas de manchar o bom nome da empresa, bem como de seus ideais na defesa da classe rural patronal. Por esses fatos, sustenta ter agido com correção ao dispensar o autor por justa causa, a qual deve ser acolhida pela Instância Revisora e, por conseqüência, deve ser excluído do julgado o pagamento das verbas rescisórias.

Afirma, ainda, indevidas as horas extras e reflexos, sob o argumento de que as mesmas foram regularmente pagas e realizadas de forma eventual.

Contra-razões somente do reclamante às fls. 317/326, pela manutenção da decisão recorrida.

Depósito e custas às fls. 312/313.

Ausente Parecer da D. Procuradoria.

É o relatório.

VOTO:

Conheço dos recursos.

PRELIMINAR - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA:

Correto o indeferimento da oitiva de testemunha por carta precatória, fato esse que efetivamente não constitui cerceio ao direito de ampla defesa, porquanto o que a reclamada pretendia provar com a produção de dita prova testemunhal, não difere em nada do que consta em prova documental carreada aos autos pelo próprio reclamante, conforme se vê à fl. 19.

Rejeita-se.

MÉRITO***JUSTA CAUSA - INSUBORDINAÇÃO E INDISCIPLINA:***

Sob o argumento de que a conduta do empregado ao veicular, através de correio eletrônico da reclamada, opiniões que destoam das diretrizes estabelecidas pela instituição a mais de 60 anos, engrandecendo o movimento de invasão de terras por certos movimentos sociais, extrapolou o direito individual de manifestação de pensamento e manchou o bom nome da reclamada, incorrendo, assim, na prática de indisciplina e insubordinação, figuras essas autorizadoras da sua dispensa por justa causa.

Para a análise da controvérsia, torna-se necessária a distinção entre indisciplina e insubordinação, muito embora os dicionários considerem sinônimas as expressões.

A indisciplina implica violação a normas gerais da empresa, enquanto a insubordinação pressupõe desrespeito deliberado de uma ordem de caráter pessoal dirigida especificamente a um determinado empregado pelo empregador ou seus prepostos.

Assim, após essa distinção, passa-se à análise sobre a prática ou não da falta grave ensejadora da dispensa motivada sem ônus para o empregador.

Com efeito, a consagração em textos constitucionais dos direitos inerentes à liberdade de expressão e informação sem qualquer forma de censura prévia constitui um dos principais pilares de uma sociedade democrática.

Como não poderia deixar de ser, a liberdade de expressão e informação decorrem da liberdade da manifestação de pensamento, até porque aquelas teriam

escasso valor se não houvesse a possibilidade do cidadão, sem peias, manifestar opinião a respeito dos fatos da vida.

No direito comparado, destacam-se no pioneirismo em reconhecer a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião os Estados Unidos e a França.

A primeira emenda da constituição americana, aprovada em 1791, consagrava *“O congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seu agravos”*.

Em França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 11, estabelecia: *“a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei”*

Modernamente, o reconhecimento da liberdade de expressão e informação está expresso em vários documentos internacionais, dentre eles, na Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica - o qual integra nosso ordenamento jurídico, por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da CF, e proclama em seu artigo 13 *“Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras...”*.

Nessa esteira, nossa atual Constituição, em vários artigos, regula a liberdade de expressão e informação, sendo as principais disposições normativas os seguintes artigos:

Artigo 5º:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

De fato, a liberdade de manifestação de pensamento, assim como outros direitos fundamentais assegurados no texto constitucional não são absolutos e podem sofrer restrições, em observância ao princípio da razoabilidade.

Tem-se, pois, que aludida liberdade de manifestar opiniões deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas informações, bem como por outros bens constitucionalmente garantidos, tais como, a moralidade pública, saúde pública, segurança pública, integridade territorial, etc...

No caso, a manifestação de opinião pelo empregado através de correio eletrônico (fl. 18), posto à sua disposição em virtude da relação de emprego, conquanto possa colidir com as finalidades e interesses da instituição para a qual presta serviços, de forma alguma maculou o bom nome da reclamada. Exerceu o autor, efetivamente, de forma ampla e irrestrita, o seu direito de expressão, o qual - repita-se - constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática.

Ressalte-se, por oportuno, que a matéria relativa às invasões de terra em todos os estados brasileiros por movimentos ditos sociais é de conhecimento público e notório de qualquer cidadão, devido ao grande espaço por ela ocupado nos meios de comunicação, o que dá azo a se reconhecer que cada pessoa tem a liberdade de formular um juízo de valor a respeito do assunto, seja apresentando teses convergentes a essas invasões, seja para formular críticas às mesmas, inclusive aos poderes constituídos pela desídia no trato da questão.

Note-se que a liberdade de manifestação do pensamento de qualquer cidadão compreende não só as informações favoráveis, inofensivas e indiferentes, mas também aquelas que possam causar transtornos e resistência de outras pessoas, pois a verdadeira democracia encontra sua base na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos.

Muito a propósito, cabe trazer à colação as preciosas lições de Kant, citado por Jorge Miranda, *Textos históricos do direito constitucional*, 2ª edição, editora Lisboa: Imprensa Nacional, 1990, pág. 13:

“há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode-nos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção pensaríamos nós se não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos os nossos pensamentos, e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, ele rouba também a liberdade de pensar”.

Nada a modificar.

HORAS EXTRAS

O reclamante, em réplica (fls. 286/287), apresentou as diferenças de horas extras que entendia devidas, a título de amostragem, pelo que se desincumbiu do ônus que lhe competia, a teor do artigo 333, inciso I, do CPC.

Devidos os reflexos das mesmas nas verbas trabalhistas, em razão da habitualidade com que eram prestadas. Mantém-se.

Pelo exposto, decido conhecer do recurso da reclamada, rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, negar-lhe provimento, tudo nos termos da fundamentação supra.

ELENCY PEREIRA NEVES

JUÍZA RELATORA

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA A5 – TRT da 10ª Região (grifou-se e destacou-se)

Processo: 00708-2007-014-10-00-3 ROPS (Ac. 1ª Turma)

Origem: 14ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

Juiz(a) Relator: RICARDO ALENCAR MACHADO

Recorrente: Eliane do Rosário Dias

Recorrido: Tellus S.A. Informática e Telecomunicações.

Julgado em: 28/11/2007

Publicado em: 07/12/2007, em www.trt10.jus.br/jurisprudencia

Acórdão do(a) Exmo(a) Juiz(a) RICARDO ALENCAR MACHADO

EMENTA:

JUSTA CAUSA. Demonstrado por mensagens do sistema de email corporativo que a reclamante, atendente telefônica, de forma reiterada, descumpria ordens gerais da empresa (indisciplina) e trabalhava com extrema desídia, realizando a chamada operação ‘tartaruga’, desligando unilateralmente o telefone e desrespeitando os clientes

da empresta tomadora, impõe-se ratificar a justa causa aplicada. Outrossim, disponibilizado o sistema como instrumento de trabalho pela empresa, é legítima a utilização das mensagens como prova, não restando violado o art. 5º, X, XII e LVI, da CF. Precedentes.

RELATÓRIO

O Juiz Cristiano Siqueira de Abreu e Lima, substituto na 14ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, por intermédio da sentença a fls. 92/99, julgou improcedentes os pedidos formulados, por considerar legítima a dispensa por justa causa. A reclamante interpõe recurso ordinário a fls. 103/104, impugnando a justa causa aplicada. Ainda requer isenção de despesas processuais (fls. 110). Contra-razões a fls. 579/607, com preliminar de deserção. O Ministério Público do Trabalho oficiou consoante registrado na certidão de julgamento. É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE Regular, conheço do recurso da reclamante, mas não conheço das contra-razões, porque intempestivas (vide certidão a fls. 115). Ratifico a concessão dos benefícios de justiça gratuita (despacho da juíza de primeiro grau a fls. 115). **JUSTA CAUSA.** O magistrado de origem, por intermédio da sentença a fls. 92/99, julgou improcedentes os pedidos formulados, por considerar legítima a dispensa por justa causa. Entendeu, em síntese, que "as mensagens de fls. 37/73 atestam o comportamento inadequado da Reclamante, desde o violação das diversas 'Diretrizes de Conduta do Contact Center' (fl. 79) ao cometimento de mau procedimento, desídia na realização de atividades laborais, atos de indisciplina, atos lesivos à honra e à boa fama em face de clientes, colegas de trabalho e da própria empresa (...) sendo desnecessária para legitimar tal modalidade rescisória, no presente caso, a gradação da pena, em razão da gravidade das faltas praticadas" (fls. 98). A reclamante interpõe recurso ordinário a fls. 103/103, postulando procedência dos pedidos. Em suma, sustenta ter sido comunicada

pelos supervisores de que o sistema intranet "seria o meio de desabafo, pois se tratava de um sistema interno" (fls. 104); que foi desrespeitado seu direito ao sigilo de comunicações (CF, 5º, XII); que a empresa "não comprovou os prejuízos sofridos" (fls. 105); que as 'diretrizes de conduta' referiam-se ao uso da rede internet, e não ao sistema de comunicação interna (intranet), utilizado para fins pessoais por "todos os funcionários da empresa" (fls. 105); que o documento a fls. 36 comprova o ótimo rendimento da autora; que a incontinência de conduta e o mau procedimento supõem práticas imorais, não ocorridas; e que não foi observada a gradação penal. Vejamos. As mensagens a fls. 37/73, que a recorrente não nega haver transmitido (embora questione a quebra do sigilo), comprovam que desrespeitava de forma sistemática as 'diretrizes de conduta' (fls. 79) que admite haver recebido da empresa (3º parágrafo a fls. 104). Tais mensagens, em parte transcritas na sentença (fls. 94/95), evidenciam que a autora, atendente telefônica, de forma reiterada, descumpria ordens gerais da empresa (indisciplina) e trabalhava com extrema desídia, realizando a chamada operação 'tartaruga', desligando unilateralmente o telefone e desrespeitando os clientes da empresta tomadora (CEB). Tais procedimentos por si só justificam aplicação da pena de demissão motivada, nos termos do art. 482 da CLT, que não exige gradação penal, especialmente nos casos de gravidade acentuada da conduta, e tampouco demonstração de prejuízo pela empresa. Contudo, além das práticas faltosas já referidas, acrescenta-se o próprio uso do sistema de comunicação disponibilizado pela empresa para fins pessoais. Conforme asseverou a única testemunha, trazida pela reclamante, pelo sistema "GCO os atendentes encaminhavam a vários setores da CEB solicitações diversas, tais como: emissão e refaturamento de contas, abertura de serviços (religação, ligação nova, desligamento), entre outros". Tratava-se, portanto, de uma ferramenta de trabalho e, nesse caso, o uso privado com objetivo vil de participar aos colegas o regozijo, sarcasmo e ironia experimentados pela autora ao descumprir ordens, omitir-se e maltratar clientes configura igualmente infração contratual a corroborar a justa causa para a rescisão contratual. Outrossim, tratando-se do chamado email corporativo, disponibilizado como instrumento de trabalho pela empresa, é legítima a utilização das mensagens como prova, não restando violado o art. 5º, X, XII e LVI, da CF, conforme decisão do RR-613/2000-013-10-00, relatado pelo Ministro João Oreste Dalazen e publicado no DJU de 10/6/05, verbis: "PROVA ILÍCITA. 'E-MAIL' CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados,

concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ('e-mail' particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado 'e-mail' corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de 'e-mail' corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de 'e-mail' de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em 'e-mail' corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a

despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal." No mesmo processo, ainda transcrevo e adoto como razões de decidir o voto convergente do Revisor na instância ordinária, o Juiz do Trabalho Douglas Alencar Rodrigues, verbis: "Em relação ao primeiro aspecto, não vejo, com todas as venias devidas ao i. Juízo Primário, como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização dos equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador. Relembro, inicialmente, que o art. 5º, inciso IX, da CF consagra a todos os cidadãos a liberdade de expressão comunicativa, independentemente de censura ou licença, igualmente assegurando, em seu inciso X, a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a previsão de indenização quando violadas. Preconiza, também, o inc. XII do mesmo art. 5º da CF (...). No caso concreto, contudo, nenhum desses dispositivos restou malferido, como passo a evidenciar. Definitivamente, não há como reconhecer a existência de direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho. Titular do poder diretivo, o empregador assume, ao celebrar o contrato de trabalho, não apenas o poder de detalhar as tarefas a serem exercidas por seus empregados, mas também a própria forma ou os limites como devem ser exercidas. (...) Parece certo, portanto, que, na ausência de regras expressas que viabilizem a utilização dos equipamentos da empresa para fins privados, não há como admitir sejam eles manipulados com esse propósito, a tal modo que se possa reconhecer ao empregado direito ao sigilo de correspondência eletrônica. Muito embora dos autos aflore a absoluta ausência de regulamentação empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de qualquer restrição para a utilização do e-mail para fins pessoais, é certo que - como consignado no parecer ministerial emitido em sessão - em todos os e-mail's acionados pelos empregados do Reclamado consta um breve texto em inglês, ressaltando o caráter confidencial das comunicações trocadas por aquele sistema eletrônico e a nota de que deveriam restituir mensagens recebidas com equívoco, apagando-as em seguida do próprio programa de comunicação. Ainda que fosse absolutamente silente o contrato ou os sistemas operados, é evidente que os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis. Considerando os objetivos que justificaram a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela de privacidade inscrita no

art. 5º, inciso XII, da CF. (...) Seja como for, não sendo possível, na visão deste juízo (CPC, art. 131), reconhecer privacidade no sistema de comunicação eletrônico disponibilizado pelo Reclamado para a execução pelo Reclamante de suas atividades profissionais, resta claro que a ação empresarial, rastreando o provedor de acesso à Internet para descobrir o responsável pela publicização de fotos pornográficas, não violou qualquer garantia constitucional, tampouco contaminando as provas colhidas pela empresa, ao contrário do que entendeu o d. juízo primário. Fixadas essas premissas, tenho como nítida a prática de ato suscetível de autorizar a resolução do contrato, por mau procedimento, (...). Merece, pois, provimento a irresignação patronal. Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à Internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF), nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482). Não havendo dúvida acerca das reais finalidades do equipamento e sistema disponibilizados, a divulgação de fotos pornográficas a terceiros, com sérios riscos à própria imagem da empresa empregadora, expõe o mau procedimento do empregado, justificando a resolução do pacto laboral." Esclareço ainda que, na hipótese concreta, diferentemente do caso acima, as 'diretrizes de conduta do contact center', a fls. 79, expressamente vedam "O acesso à internet para assuntos particulares". Portanto, existia norma regulamentar proibitiva. Posto isso, nego provimento. CONCLUSÃO Conheço do recurso ordinário, não conheço das contrarrazões por intempestivas e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da motivação esposada. É como voto.

CONCLUSÃO

Por tais fundamentos, ACORDAM os Juízes da Primeira Turma do Egrégio Tribunal

Regional do Trabalho da Décima Região, em sessão turmária e conforme o contido na respectiva certidão de julgamento (v. fl. retro), em aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário, não conhecer das contra-razões por intempestivas e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator. Brasília (DF), sala de sessões (data do julgamento, v. certidão referida). RICARDO ALENCAR MACHADO Juiz Relator PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO.

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIA A6 – TST

NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 549/2006-023-03-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 23/11/2007

RELATOR: MINISTRO JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES

AGRAVANTE(S): BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S.A

AGRAVADO(S): LUCIANA MENDES LUCENA DE CARVALHO

A C Ó R D ã O

2ª Turma

JSF/CP/sm/mpa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O Tribunal Regional, baseado no exame da prova, concluiu pela configuração do vínculo empregatício com o Reclamado. Assim, a análise dos elementos caracterizadores da relação de emprego (art. 3º da CLT) depende de nova avaliação do conjunto fático-probatório sobre o qual se

assenta o acórdão recorrido, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST. Agravo de Instrumento não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-549/2006-023-03-40.0, em que é Agravante BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A e Agravada LUCIANA MENDES LUCENA DE CARVALHO.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra despacho mediante o qual se denegou seguimento ao processamento do Recurso de Revista.

Procura-se demonstrar a satisfação dos pressupostos para o processamento do Recurso obstado.

Contraminuta e contra-razões foram apresentadas.

Os autos não foram enviados ao douto Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 82, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 CONHECIMENTO

O Agravo de Instrumento é tempestivo (fls. 02 e 94), está subscrito por advogado habilitado nos autos (procuração às fls. 37-38). Apresenta regularidade de traslado, cujas peças foram declaradas autênticas pelo subscritor nos termos no artigo 544, § 1º, do CPC. Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço .

2 MÉRITO

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do v. acórdão de fls. 64-68, negou provimento ao Recurso do Reclamado. Para tanto, adotou os seguintes fundamentos:

Nos termos da majoritária Jurisprudência Trabalhista, é do Reclamado o ônus da prova da inexistência da relação de emprego, quando esta é negada, mas admitida a prestação de serviços de natureza diversa. In casu, o Reclamado negou o vínculo empregatício, mas admitiu a prestação de serviços, sob a forma autônoma, através de uma empresa da qual a Reclamante era sócia, atraindo para si o ônus probatório (artigo 818, da CLT), do qual não se desincumbiu.

A mera apresentação do contrato de prestação de serviços não tem o condão de

convencer o intérprete do direito, em face mesmo da existência do princípio da primazia da realidade, que prevalece sobre a forma. A testemunha trazida pela Reclamante, Sr. Bruno de Assis Faria afirmou, f.560/561: que estavam diretamente subordinados ao gerente da agência e ao supervisor da reclamada, devendo cumprir horário fiscalizado pelo gerente, cumprir metas, repassadas tanto pelo gerente quanto pelo supervisor, devendo visitar clientes que poderiam ser impostos pelo gerente da agência, ficando sujeito às ordens do gerente em relação às condições e horários de trabalho, com a interferência direta do gerente na forma de atuação do depoente e da reclamante; no caso de descumprimento de qualquer ordem poderiam ser advertidos pelo gerente; (...) que o supervisor da reclamada comparecia à agência duas ou três vezes por semana; que a agência onde deveriam trabalhar era indicada pelo supervisor; que para começar a trabalhar o banco abre uma empresa para o vendedor, não sendo admitido o trabalho sem a empresa; que não poderiam ser substituídos nem contratar pessoas para ajudá-los nas vendas; que foi indicado um contador pelo Bradesco, tanto para abertura quanto para a assistência à empresa que era aberta em nome do vendedor; que pagava mensalidade de R\$60,00 ao contador; que as despesas com a abertura da empresa foram pagas pelo Banco; que não poderiam vender produtos de outras seguradoras; que os concessionários eram divididos em equipes que eram controladas pelo supervisor .

É o que se constata do documento de f.82/84, descrevendo as funções inerentes ao cargo de supervisor de produção, a fim de apoiar o desenvolvimento comercial dos produtos comercializados pela Reclamada.

A fraude perpetrada é também verificada através do documento de f.90/91, que evidencia a subordinação do concessionário, submetido à metas, recebidas pelo supervisor de produção, sendo que dentre as atribuições está a de Administrar sua própria empresa, respondendo às obrigações legais inerentes a ela .

O correio eletrônico de f.109 também comprova a existência de subordinação, com fixação de jornada de trabalho.

E a despeito de a testemunha trazida pela Reclamada, Sr. André Konstantinos Antypas, ter afirmado ser corretor autônomo, também afirmou não conhecer a Reclamante, nada podendo afirmar sobre ela.

A todos os fatos e documentos somam-se os depoimentos de testemunhas da própria Reclamada, em outros processos, f.11/12, confirmando a existência de horário fiscalizado, equipes de corretores geridas pelo supervisor, não podiam se fazer substituir, com subordinação ao gerente da agência e metas a serem cumpridas, assim como o

termo de inspeção judicial de f.13. Nesse contexto, revela-se irretocável a r. sentença recorrida que reconheceu o início da prestação de serviços em 27/03/2000. Vale ressaltar a constituição da empresa somente em julho do mesmo ano, consoante documento de f.501, com escopo de fraudar a legislação trabalhista, na forma do art.9º, da CLT, não havendo como dar procedência à pretensão da Recorrente no sentido de não se reconhecer a dispensa sem justa causa em 30/07/05, havendo de se ter como sua a iniciativa para o rompimento, em face do princípio da continuidade da relação de emprego. Também não há falar em óbice legal ao reconhecimento da relação empregatícia, a disposição contida no Decreto-Lei n.73 e demais legislações que dispõem sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, que por certo não têm o condão de invalidar o contrato realidade, não havendo como negar ao trabalhador a proteção constitucional em relação ao trabalho realizado.

Por conseqüência, torna-se incontestável a existência de vínculo empregatício entre as partes no período reconhecido, pela constatação dos elementos caracterizadores como pessoalidade, prestação de serviços de forma não eventual sob subordinação e onerosidade, cabendo manter as parcelas como deferidas, incluindo as decorrentes do enquadramento sindical da Reclamante na forma dos benefícios previstos nos instrumentos normativos como vale-refeição, auxílio cesta alimentação e participação nos lucros.

Nada a prover.

Irresignado, o Reclamado interpôs Recurso de Revista às fls. 70-82, sustentando, em suas razões, que in casu estão ausentes os elementos caracterizados da relação de emprego, nos termos do artigo 3º da CLT.

Alega que a Reclamante enquadra-se como corretora de seguros, sendo de natureza autônoma, pois constituiu sua própria empresa para efetivar os serviços pertinentes à sua área de atuação. Defende que a fiscalização exercida faz parte do direito de exercer o controle de qualidade sobre os serviços prestados pelo terceiro contratado, inclusive para que não incorra na culpa in eligendo ou in vigilando, conforme Súmula 331, IV, do TST. Aponta violação do artigo 17 da Lei 4.594/64 e Lei 6.435/77.

Trouxe arestos para o cotejo.

Por meio do despacho de fls. 91-93, o eg. Tribunal a quo denegou seguimento ao Recurso de Revista, sob o fundamento de que a pretensão do Recorrente importaria o reexame de fatos e provas, o que encontra o óbice na Súmula

126 do TST.

Inconformado, o Recorrente interpõe o presente Agravo de Instrumento às fls. 02-08, pleiteia a reforma do despacho denegatório e o processamento do Recurso de Revista.

Sem razão o Agravante.

O Tribunal Regional, baseado no exame da prova, concluiu pela configuração do vínculo empregatício com o Reclamado. Assim, a análise dos elementos caracterizadores da relação de emprego (art. 3º da CLT) depende de nova avaliação do conjunto fático-probatório sobre o qual se assenta o acórdão recorrido, procedimento vedado nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126 do TST.

Se a pretensão recursal sofre óbice da Súmula 126 desta Corte, torna-se inviável a aferição do cabimento do Recurso de Revista por violação legal ou por divergência jurisprudencial.

Resta prejudicada a apreciação no que se refere à multa do artigo 477 da CLT em face da homologação (fl. 91) da renúncia por parte da Reclamante à referida verba.

Portanto, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Instrumento.

Brasília, 24 de outubro de 2007.

JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES

Ministro-Relator.